

La legalización del aborto desde la perspectiva civil - constitucionalizada

POR **MARISA HERRERA** (*)

Sumario: I. Introducción.- II. El embrión in vitro no es persona.- III. La diferencia entre vida y persona.- IV. Persona en desarrollo y persona nacida. V. La perspectiva de género que campea todo el ordenamiento jurídico nacional.- VI. Brevísimas palabras de cierre.- VII. Bibliografía.

Resumen: el debate sobre la legalización del aborto involucra, desde el aspecto estrictamente jurídico, varias facetas. Una de ellas es de carácter civil en el contexto vigente de un derecho civil constitucionalizado (conf. artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial). En este marco, resulta imprescindible llevar adelante varias distinciones a los fines de evitar caer en afirmaciones erradas como ser: diferenciar entre: 1) embrión y persona; 2) vida y persona; y 3) concepción en sentido amplio. ¿Cuál es la incidencia del caso Artavia Murillo contra Costa Rica del 28/12/2012 en el régimen jurídico nacional? ¿Cómo juega el principio de gradualidad? Aquí se pretende demostrar cómo la legislación civil vigente desde el 01/08/2015 constituye una normativa que acompaña, promueve y refuerza la legalización del aborto. Para ello, es necesario profundizar sobre ciertas nociones: prevención (artículo 1710), vulnerabilidad (artículo 706), la interacción con los derechos sociales (conf. artículos 595 y 607), en especial, el derecho a la salud (artículos 55 a 60); atravesados por ser un código de la libertad, con un fuerte peso de la autonomía de la voluntad.

Palabras clave: aborto - Código Civil y Comercial - autonomía

The legalization of abortion from the civil constitutionalized perspective

Abstract: *the debate on the legalization of abortion involves, from the strictly legal aspect, several facets. One of them is of a civil nature in the current context of*

(*) Doctora en Derecho. Investigadora Independiente del CONICET. Prof. Adjunta Regula, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, UBA. Prof. Titular, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Universidad Nacional de La Pampa, UNLPam. Prof. Titular, Universidad Nacional de Avellaneda. Integrante del equipo de redacción del Código Civil y Comercial de la Nación.

a constitutionalized civil law (articles 1 and 2 of the Civil and Commercial Code). In this framework, it is essential to carry out several distinctions in order to avoid falling into wrong statements such as being, differentiate between: 1) embryo and person; 2) life and person; and 3) conception in a broad sense. What is the incidence of the case Artavia Murillo against Costa Rica of 12/28/2012 in the national legal regime? How does the principle of graduality play? Here it is tried to demonstrate how the civil legislation in force since 01/08/2015 constitutes a regulation that accompanies, promotes and reinforces the legalization of abortion. For this, it is necessary to deepen on certain notions: prevention (article 1710), vulnerability (article 706), interaction with social rights (articles 595 and 607 conf), especially the right to health (articles 55 to 60); crossed by being a code of freedom, with a strong weight of the autonomy of the will.

Keywords: *abortion - Civil and Commercial Code - autonomy*

I. Introducción

Al momento de redactar el presente trabajo nos encontramos transitando un debate histórico como lo es la legalización del aborto en nuestro país. Como se asevera —con acierto— en diferentes ámbitos, se trata de una deuda de la democracia. En este sentido, más allá del resultado que arroje este proceso legislativo deliberativo con la presencia activa de diferentes actores de la sociedad para esgrimir en un escaso lapso temporal —7 minutos— diferentes argumentos a favor y en contra; lo cierto es que el tema se instaló en la sociedad y ya nada será igual que antes. Sucede que pasar del silencio o la clandestinidad a ser materia de discusión en diferentes ámbitos de la vida cotidiana, tanto en lugares privados como la familia y conversaciones informales, como en los medios de comunicación, universidades, escuelas u otros contextos laborales, tiene un peso propio y es, de por sí, un gran avance social y a la par, un compromiso ético con los ciudadanos, y en particular, las ciudadanas.

¿Cuáles son los aportes de la legislación civil —en especial el Código Civil y Comercial, en adelante CCiv. y Com.— a este debate? ¿Qué rol juega? ¿Es posible que las dos posturas contrarias, tanto a favor como en contra, cuenten con argumentos en ambos sentidos auspiciados por el CCiv. y Com.? A modo de hipótesis, se sostiene que el debate por el aborto, también conocido como interrupción voluntaria del embarazo —IVE—, habría llevado a su máxima extensión y esplendor una puja aún muy vigente, entre un derecho civil clásico o legalista y un derecho civil contemporáneo, constitucionalizado-convencionalizado. En palabras de Gil Domínguez: “El Código Civil y Comercial implica un pasaje sin escalas desde un código del siglo XIX, que respondía al esquema de un Estado legislativo de derecho (en permanente tensión esquizofrénica con el paradigma de Estado constitucional de

derecho vigentes entre 1853 y 1994 y con el paradigma de Estado constitucional y convencional de derecho vigentes desde 1994 hasta nuestros días), a un código del siglo XXI que recepta como estructura general de interpretación y aplicación, el paradigma de Estado constitucional y convencional de derecho argentino” (Gil Domínguez, 2015, p. 43). Esta balanza inclinada en favor de un derecho civil constitucionalizado-convencionalizado no es una postura, un modo de leer la legislación civil o una de las dos mitades de la biblioteca jurídica; es la realidad del derecho civil de hoy y responde a un desarrollo ascendente y paulatino desde hace años post reforma constitucional de 1994, mediante la puesta en crisis de varias normativas del código derogado a través de diferentes, en calidad y cantidad, declaraciones de inconstitucionalidades a raíz del desarrollo y consolidación del denominado control de constitucionalidad y tiempo más tarde, convencionalidad (1). Situación que se consolida con la sanción y vigencia de un nuevo texto civil y comercial que, en su propia normativa, se autoimpone interpelarse de manera constante y dinámica, con “la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte” (artículo 1) y más aún, la ley —o sea el propio CCiv. y Com.— “debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento” (artículo 2) (2).

Esta lógica signada por la interacción, interdependencia e interpelación entre la legislación civil y el denominado “bloque de la constitucionalidad federal”, constituye la columna vertebral del CCiv. y Com. tal como se lo expuso en los Fundamentos de su antecedente más directo, el Anteproyecto de reforma y unificación (3). Allí se puso de resalto que “la mayoría de los códigos existentes se basan en una división

(1) Esta mirada centrada en las declaraciones de inconstitucionalidad del que ha sido protagonista el código derogado en el campo de las relaciones de familia ha sido puesta de resalto en una obra que auspició de punta pie como lo es Gil Domínguez, A.; Famá, M. V. y Herrera, M. (2006). *Derecho Constitucional de Familia*. Buenos Aires: Ediar y que después se fue plasmando en una gran cantidad de obras y artículos cuyo eje consistía en revisar la normativa familiar vigente en ese entonces bajo el prisma obligado de los derechos humanos como ser: Kemelmajer de Carlucci, A. (dir.) (2009). *La familia en el nuevo derecho*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni; Herrera, M. y Lloveras, N. (dirs.) (2012). *El derecho de familia en Latinoamérica*. Córdoba: Nuevo Enfoque; y Lloveras, N. y Salomón, M. (2009). *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Universidad.

(2) Amplísima es la bibliografía que se concentra en analizar los dos primeros articulados del CCiv. y Com.; sólo a modo de ejemplo se recomienda compulsar: Gentile Jorge H., “La Constitución y el Código Civil y Comercial”, LL Cita Online: AR/DOC/4209/2015; Lorenzetti Ricardo L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, LL AR/DOC/1931/2012; y Vitolo Daniel R., “Principios generales del Título Preliminar del nuevo Código”, LL Cita Online: AR/DOC/980/2016.

(3) Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> [Fecha de consulta: 17/04/2018].

tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”, agregándose: “Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.

En este contexto, y en el marco de la temática en análisis, cabe traer a colación lo expresado por tres organismos internacionales que tienen a su cargo la interpretación de instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional originaria (conf. artículo 75 inciso 22). Nos referimos a:

- La Observación general N° 22 (2016) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) (4) expone que “la salud sexual y reproductiva está íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos a la vida; la libertad y la seguridad de la persona (...). Por ejemplo, la falta de servicios de atención obstétrica de emergencia o la negativa a practicar abortos son causas muchas veces de mortalidad y morbilidad materna, que, a su vez, son una violación del derecho a la vida o la seguridad, y, en determinadas circunstancias, pueden constituir tortura o trato crueles, inhumanos o degradantes” (párrafo 10).

- La Recomendación General nro. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer (actualización de la nro. 19) de 2017 del Comité de la CEDAW (5) afirma que “las violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como la esterilización forzada, el aborto forzado, el embarazo forzado, la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y reproductivos, son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante” (párrafo 18).

(4) Recuperado de http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&Lang=en [Fecha de consulta: 17/04/2018].

(5) Recuperado de http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/35&Lang=en [Fecha de consulta: 17/04/2018].

- El Comité de los Derechos del Niño en el la Observación final al país (“informe país”) de junio del 2010 (6) expresa “además su preocupación por el elevado porcentaje de mortalidad materna, especialmente de adolescentes, causada por un aborto (28,31% en 2005) y por los prolongados procedimientos de interrupción legal del embarazo resultante de una violación, prevista en el artículo 86 del Código Penal.

Como se puede observar, el modo de desentrañar, entender y concebir el derecho civil desde el obligado prisma constitucional-convencional ha implicado una refundación de este ámbito del derecho en pos de alcanzar un derecho más cercano a los conflictos sociales, bajo la innegable admisión de estar ante una sociedad en constante movimiento en el que la diversidad y la pluralidad constituyen dos nociones claves. De este modo, la idea de “*condición de su vigencia*” al cual alude el artículo 75 inciso 22 para interpretar los tratados internacionales de derechos humanos, lo es en clave dinámica, imbuido de todas las observaciones, recomendaciones, opiniones consultivas y demás documentos que actualizan las normas jurídicas para acortar la brecha —o al menos evitar que se ensanche— entre Derecho y Realidad.

Es dable agregar que este CCiv. y Com. es producto de una época de implosión legislativa que producía, a la par, una profunda ampliación de derechos. En este sentido, el texto civil y comercial es consecuencia de una gran cantidad de leyes auspiciadas por la obligada perspectiva de derechos humanos como ser, entre tantísimas otras y por orden ascendente: la ley 25.929 que obliga a las obras sociales y prepagas a cubrir determinadas prestaciones por embarazo y derivado del parto y postparto; la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes; la ley 26.130 que reconoce el derecho a acceder a la ligadura de trompas y vasectomía; ley 26.150 que crea el Programa de Educación Sexual Integral; la ley 26.165 de “Reconocimiento y Protección al refugiado”; la ley 26.206 de Educación Nacional; la ley 26.227 que crea el Consejo Federal de la Juventud; la ley 26.390 que prohíbe el trabajo infantil y protege el trabajo adolescente; la ley 26.485 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales; la ley 26.529 de Derechos de los pacientes en su relación con los profesionales e instituciones de la salud; la ley 26.618 conocida como “ley de matrimonio igualitario”; la ley 26.657 de “Derecho a la protección de la salud mental”; la ley 26.682 que regula el régimen jurídico de la medicina prepaga; la ley 26.742 conocida como “ley de muerte digna”; la ley 26.743 de identidad de género; la ley 26.776 que amplía el derecho al voto al permitirlo de manera optativa a los adolescentes desde los 16 años; la ley 26.842 para la “Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus

(6) Recuperado de http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fARG%2fCO%2f3-4&Lang=en [Fecha de consulta: 17/04/2018].

víctimas”; y la ley 26.862 de acceso integral a las técnicas de reproducción asistida, por citar algunas.

Estas leyes y tantas otras, pusieron en jaque la legislación civil de fines del siglo XIX -más allá de sus varias modificaciones- pensada con una lógica absolutamente contraria a la auspiciada por este bagaje normativo. Esto mismo es destacado en el propio decreto 191/2011 que crea la comisión de reforma y unificación del Código Civil y Comercial al expresar en sus “Considerandos” que

durante muchos años, este proceso se realizó a través de numerosas leyes especiales que fueron actualizando diversos aspectos de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Que esta obra llevada a cabo a través de la mencionada legislación especial, produjo una modificación del ordenamiento lógico y de la estructura de principios y reglas existentes en los Códigos referidos. Que el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas. En este sentido cabe destacar la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos (7).

Así, producto de otro necesario debate democrático, el 01/10/2014 se sancionó el Código Civil y Comercial, cuya entrada en vigencia aconteció el 01/08/2015. Este texto civil enmarcado en este contexto jurídico es el que se propone analizar en el presente trabajo para desentrañar si éste constituye un obstáculo o impedimento para la legalización del aborto o si, por el contrario, supone una herramienta legal de peso que auspicie, acompañe y reafirme el derecho de las mujeres al acceso a la interrupción del embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación.

Por otra parte, dado que el CCiv. y Com. es fruto de una determinada época legislativa —al igual que el debate por la legalización del aborto— es necesario en este primer apartado introductorio remarcar algunos aportes regionales. Sucede que el fortalecimiento creciente y sostenido del movimiento feminista no ha estado al margen de dicho desarrollo legislativo. En este contexto, es hábil aseverar que el CCiv. y Com. también habría colaborado en esta expansión legislativa en clave de género, es decir, en el que los derechos de las mujeres ocupan un lugar central (8).

(7) Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/7-Fundamentos-de-los-cambios-introducidos-por-el-P.E.N.pdf> [Fecha de consulta: 17/04/2018].

(8) Esta temática ya ha sido analizada con anterioridad en: Herrera, Marisa y Salituri Amezcuza, Martina, El Derecho de las Familias desde y en Perspectiva de Géneros. *Revista de Derecho de la*

Sólo a modo de síntesis, y dado el peso que ostentan los fallos emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) fundado en valor jurídico tal como se lo reafirma en el caso *Fontevicchia* y otro contra Argentina del 18/10/2017 (9), es dable traer a colación el pronunciamiento de la máxima instancia judicial regional en materia de Derechos Humanos en el caso “IV contra Bolivia” del 30/11/2016 (10). En esta oportunidad, se explaya sobre el paternalismo injustificado en consonancia con la desigualdad estructural existente entre hombres y mujeres en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. Se trata de un caso en el que se procedió a realizar una ligadura de trompas sin el correspondiente consentimiento de la mujer. Al respecto, la Corte IDH coloca de resalto que

la decisión médica de practicar la esterilización a la señora IV. sin su consentimiento previo, libre, pleno e informado, estuvo motivada por una lógica de cuidado paternalista y bajo la preconcepción de que la esterilización debía realizarse mientras IV. se encontraba en el transoperatorio de una cesárea, a pesar de que su caso no era una urgencia o emergencia médica, debido a que se partía de la idea de que ella no tomaría decisiones confiables en el futuro para evitar un nuevo embarazo. (...) sin brindarle a ella la oportunidad de sopesar las opciones que tenía a su disposición y anulando su capacidad de decidir con base en su autonomía. Además, el médico actuó con la lógica del estereotipo según el cual IV. era la única responsable de la anticoncepción de la pareja. En este sentido, la Corte entiende que el médico actuó con base en este-

Universidad del Norte, N° 49, Barranquilla, Colombia, en prensa; Herrera Marisa, El Código Civil y Comercial desde la perspectiva de género. LL Cita Online: AR/DOC/160/2015; y Herrera Marisa, El Derecho de Familia en el Género y el Género en el Derecho de Familia en tres actos. *Autonomía y feminismo siglo XXI. Escritos en homenaje a Haydeé Birgin*, L. Pautassi y N. Gherardi (coords.) (2012). Buenos Aires: Siglo XXI, (pp. 298-309).

(9) En este proceso de supervisión de cumplimiento de sentencia, la Corte IDH destacó que “la obligación de cumplir lo dispuesto en sus decisiones corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida” (parágrafo 12); a lo que se agrega que “los Estados Parte en la Convención no pueden invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado. En lo concerniente al cumplimiento de las sentencias de la Corte, no se trata de resolver el problema de la supremacía del derecho internacional sobre el nacional en el orden interno, sino únicamente de hacer cumplir aquello a lo que los Estados soberanamente se comprometieron” (parágrafo 14) (conf. Corte IDH, 18/10/2017, “Caso *Fontevicchia* y D’Amico vs. Argentina. Supervisión de cumplimiento de sentencia”, recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevicchia_18_10_17.pdf [Fecha de consulta: 17/04/2018]).

(10) Corte IDH, 30/11/2016, “IV vs. Bolivia”, recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf [Fecha de consulta: 17/04/2018].

reotipos de género frecuentemente aplicados a las mujeres en el sector salud, ante la desconfianza de su poder decisorio (parágrafo 236).

Agregándose que

ello se ha debido a que se ha asignado social y culturalmente a los hombres un rol preponderante en la adopción de decisiones sobre el cuerpo de las mujeres y a que las mujeres son vistas como el ente reproductivo por excelencia. En particular, la Corte advierte que el fenómeno de la esterilización no consentida está marcado por estas secuelas de las relaciones históricamente desiguales entre las mujeres y los hombres. Aunque la esterilización es un método utilizado como anticonceptivo tanto por mujeres como hombres, las esterilizaciones no consentidas afectan de forma desproporcionada a las mujeres exclusivamente por esta condición en razón que se les asigna socialmente la función reproductora y de planificación familiar (parágrafo 243).

Con estas y otras consideraciones en la misma línea, la Corte IDH encuentra al Estado de Bolivia responsable por la violación del deber de respeto y garantía, así como de la obligación de no discriminar, en relación con los siguientes derechos reconocidos por la Convención Americana: a) el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral (artículo 5. 1.), b) el derecho a la libertad y seguridad personal (artículo 7.1), c) el reconocimiento de la dignidad de toda persona (artículo 11.1), d) el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y familiar (artículo 11.2), e) el derecho a la libertad de pensamiento y expresión (artículo 13.1), y f) el derecho a la protección de la familia (particularmente, el inc. 2 del artículo 17). Además, la Corte IDH condenó a Bolivia por considerarla responsable de no cumplir con sus obligaciones en el marco de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra a Mujer, Convención De Belem Do Para, en cuanto establece que los Estados Partes deben condenar todas las formas de violencia contra la mujer, acordando en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: “a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” (artículo 7, inc. a y b). Precisamente, este fallo de la Corte IDH constituye una buena síntesis del entrecruzamiento entre género, autonomía y paternalismo que también se encuentra presente en el tema en análisis.

Como última aclaración general, es dable señalar que por rigorismo científico nos debemos situar en una bioética laica, ya que como bien se ha afirmado: “las

religiones, como están basadas en la autoridad de Dios y no en el conocimiento, promueven la ignorancia científica, y por lo tanto general incultura y fanatismo”, agregándose que “la investigación científica no sólo es esencialmente laica, sino que en mi opinión debe oponerse activa y abiertamente a la educación dogmática, que se basa en creencias y no en la razón” (Tapia, 2018, pp. 19 y ss.).

¿Qué es y qué involucra una bioética laica? Ello es expuesto por Pauline Capdevielle y María de Jesús Medina Arellano quienes, al coordinar una revista sobre esta cuestión, destacan en el prólogo que una bioética laica es aquella:

Bioética que no niega la posibilidad de una transcendencia, sino que simplemente reconoce que ante la diversidad de convicciones religiosas, éticas o filosóficas, la única posibilidad es dejar un espacio amplio de elección a los individuos frente los dilemas morales que pueden surgir en sus vidas. El Estado laico, separado de la religión, respeta a todas las convicciones fundamentales y proyectos de vida en condición de igualdad y sin discriminación. La neutralidad estatal, vista desde esta perspectiva, no es indiferencia, sino imparcialidad, ante opciones espirituales concurrentes, y compromiso con un reconocimiento robusto de la autonomía de los seres humanos y de sus libertades (Capdevielle y Medina Arellano, 2018, pp. XV y ss.).

¿Cuánto desarrollo doctrinario y jurisprudencial a la luz del código derogado ha estado fundado y auspiciado más por una perspectiva religiosa que en argumentos jurídicos laicos? De este modo, también cabe destacar que referirse al derecho civil constitucionalizado-convencionalizado implica, a la vez, reafirmar la secularización del derecho en general. ¿Acaso el debate por la legalización del aborto no está atravesado por esta misma tensión?

Ahora sí nos encontramos en condiciones, desde el prisma que se destaca y reafirma en esta introducción, de analizar los aportes del CCiv. y Com. al debate sobre la legalización del aborto.

II. El embrión *in vitro* no es persona

Antes de avanzar sobre la naturaleza jurídica del embrión, nos parece importante distinguir dos conceptos que se suelen asimilar o utilizar como sinónimos como lo son: persona y vida. Son dos términos diferentes, el primero es jurídico mientras el segundo es interdisciplinario y, por lo tanto, involucra diferentes vertientes, incluso en el plano trascendental, razón por la cual, deviene imposible arribar a una noción unívoca. Aquí nos vamos a centrar en desentrañar si el embrión *in vitro* es o no persona en los términos que lo regula el CCiv. y Com. ¿La razón de ello? Varios autores sostienen que el CCiv. y Com. impide la legalización

del aborto al considerar que el embrión, tanto fuera como dentro del cuerpo de una persona, es persona (11), en atención a la noción de “concepción” que recepta el artículo 19 como hecho básico para establecer el comienzo de la existencia de la persona humana como centro de imputación de derechos y deberes.

Aquí nos interesa abordar el comienzo de la existencia de la persona en términos jurídicos, focalizando en vislumbrar cómo y con qué alcance las conquistas o avances pertenecientes al campo del derecho civil, en especial, todo lo asociado a la naturaleza jurídica del embrión no implantado, inciden o coadyuvan al debate en torno a la legalización del aborto. O sea, se pretende probar -en contrario a lo que sostiene la doctrina clásica abroquelada en una visión del derecho civil ya derogada y que tenía un fuerte arraigo en el derecho canónico- que el CCiv. y Com. no sólo no es un obstáculo para la legalización del aborto, sino que constituye otra de las tantas normativas que acompaña este tipo de decisiones legislativas.

Además, cabe esgrimir la siguiente consideración a modo de aclaración previa. Si ya durante la vigencia del Código Civil anterior -hoy derogado- era posible debatir la despenalización del aborto a la luz de un texto legal cuyo germen data de 1871 y por ello, se presentaron con anterioridad varios proyectos de ley en ese sentido en el Congreso de la Nación; con más razón se debe poder dar el debate en el marco regulatorio actual. ¿Acaso se podría sostener que la normativa actual es más restrictiva o limitativa que la sancionada a fines del siglo XIX?

El CCiv. y Com. en el mencionado artículo 19 define el momento desde el cual se considera que se es persona humana, como centro de imputación de efectos jurídicos (derechos y deberes), en el campo del derecho civil del siguiente modo: “*La existencia de la persona humana comienza con la concepción*”. La diferencia con el texto que se proyectaba en su antecedente directo, el Anteproyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial, consistía en que en dicha oportunidad se pretendía aclarar que en el caso de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), la existencia de la persona “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 (12)”. A la luz de esta quita, el *quid* radica en determinar qué se entiende por “concepción”. Esto es lo que se pasa a analizar a continuación.

(11) En este sentido, ver: Lafferriere, J. N. El artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado. *DFyP* 2014 (noviembre), (p. 143); Lafferriere, J. N. Análisis integral de la media sanción sobre técnicas reproductivas. *LL* 2015-A, (p. 789); Ferrer, E. A. M. Personas que pueden suceder al causante. *DFyP* 2015 (abril), (p. 91); Ferrer, E. A. M., Aspectos de las sucesiones en el nuevo Código. *LL* 2015-E, (p. 864); y Sambrizzi, E., La protección de la vida de los embriones criopreservados. *ED* [265], N° 13851.

(12) Sobre la norma proyectada, en los Fundamentos del Anteproyecto -antecedente directo del hoy CCiv. y Com.- se explicaba: “dentro de un Código Civil, la persona es regulada a los fines de

El ordenamiento jurídico nacional e internacional (regional) son coincidentes en considerar que la concepción se produce una vez que el embrión in vitro es implantado en la persona, en otras palabras, que la unión entre óvulo y esperma fuera del cuerpo de una persona no implica que se ha producido la “concepción”. De este modo, el término concepción se asimila al de “anidación” y no a la mera unión entre dos gametas, una femenina y otra masculina. Así lo establece desde el punto de vista jurídico -que es el que aquí se profundiza- la máxima instancia judicial regional en materia de Derechos Humanos en el resonado caso “Artavia Murillo y otros contra Costa Rica” del 28/12/2012 (13) y reafirmada en la sentencia dictada en el proceso

establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial en el ordenamiento civil, sin ingresar en otros ámbitos, como puede ser el derecho penal, conducido por otros principios. Desde esa perspectiva, el anteproyecto no varía el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción in utero, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal, que se ha conservado hasta su antigua terminología. Conforme con la regulación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, el anteproyecto agrega los efectos para el caso del embrión implantado en el cuerpo de la mujer; en este sentido, se tiene en cuenta que, conforme con el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del cuerpo de la mujer. Esta posición en el Código Civil no significa que los embriones no implantados no tengan protección alguna, sino que, tal como sucede en el derecho comparado, corresponde que esta importantísima cuestión sea regulada en leyes especiales que, incluso, prevén su revisión periódica, dado el permanente avance científico en la materia” (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> [Fecha de consulta: 29/03/2018]).

(13) Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28/12/2012, “Artavia Murillo y otros contra Costa Rica”, recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf [Fecha de consulta: 29/03/2018]. Tantísimas han sido las voces a favor de este importante precedente, entre tantos ver: Herrera, M., La ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida. Saldando deudas. *La Ley* 2013-C, (p. 1281); Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm, E. y Herrera, M., El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH., *La Ley* 2013-A, (p. 907); Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm, E. y Herrera, M., Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia. *La Ley* 2013-D, (p. 1037); Sabin Paz, E. y Germain, M. L., ¿Ser o no ser? el debate en la responsabilidad civil por la destrucción de embriones no implantados. *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, Nº II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014, (p. 257); De la Torre, N., Ayer, hoy y mañana en técnicas de reproducción humana asistida. *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, Nº V. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, (p. 98); Herrera, M.; De la Torre, N., Hacia una regulación integral de la reproducción humana asistida desde una perspectiva sociojurídica, bioética y derechos humanos. *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, Nº. 60. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, (p. 327); Muñoz, G. F., Pasado, presente y futuro del artículo 19 del Código Unificado proyectado. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (agosto), *La Ley*, 2014, (p. 180); Labombarda, P. M., El Código Civil Argentino y el comienzo de la existencia de las personas. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (mayo), *La Ley*, 2014, (p. 184); Cerrutti, M. del C. y Plovánich, M. C., Persona humana: Comienzo de la existencia. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (mayo), *La Ley*, 2014, (p. 199); Cerutti, M. del C. y Plovánich de Hermida, M. C., Comienzo de la existencia de la persona. *Sup. Act.* 27/03/2014, *La Ley*, (p. 1); Gil Domínguez, A., La

de seguimiento en fecha 26/02/2016 (14). De este modo, esta sentencia que forma parte del mencionado “bloque de la constitucionalidad federal” a la par, integra y actualiza las “*condiciones de su vigencia*” de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). En otras palabras, cualquier decisión estatal como lo es la sanción de una ley, no puede perder de vista esta clara interpretación que se hace sobre la noción de “concepción” cuando se trata de embriones in vitro, so pena de incurrirse en responsabilidad internacional de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (15).

De manera harto sintética, cabe destacar la plataforma fáctica-jurídica del caso resuelto por la Corte IDH.

El 03 de febrero de 1995 Costa Rica reguló por decreto la técnica de fecundación in vitro o FIV (fecundación de óvulo y espermatozoides por fuera del cuerpo de una persona) y el 15/03/2000 la Sala Constitucional decretó su inconstitucionalidad por considerar que tal práctica trae aparejada una elevada pérdida de embriones de manera consciente y voluntaria, siendo ello incompatible con el derecho a la vida de tales embriones. A raíz de esta decisión, esta práctica se prohibió en el país.

En enero de 2001, un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunciando al Estado de Costa Rica por haberles prohibido el acceso al tratamiento de FIV. La Comisión decretó la admisibilidad de la denuncia, y el 14 de julio de 2010 presentó el informe 85/10 recomendando al Estado levantar la prohibición. Ante el incumplimiento de dicho país, el 29 de julio de 2011 la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte IDH.

En este marco, la Corte ha tenido que interpretar los arts. 1.2 “persona es todo ser humano”, y 4.1. “derecho a la vida” “*protegido, en general, a partir del momento de la concepción*” de la CADH en los casos de fertilización in vitro y con ello, el

Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (agosto), La Ley, 2013, (p. 24); Luft, M. E., Un novedoso fallo que aplica la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la utilización de una técnica de fertilización asistida. ¿Es de aplicación obligatoria para nuestros tribunales cuando la Argentina no ha sido parte en la contienda? *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (junio), La Ley, 2013, (p. 231); Argañaraz, M. y Monjo, S., La fecundación in vitro a la luz del art. 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la sentencia de la CIDH en autos “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, de 28/11/2012. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (marzo), La Ley, 2013, (p. 223).

(14) Corte IDH, 26/02/2016, “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica. Supervisión de cumplimiento de sentencia”, recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.pdf [Fecha de consulta: 02/04/2018].

(15) Conf. CSJN Caso “Girolodi” del 7-7-95, Fallos: 318:514, en especial, considerando 11, y el caso “Mazzeo”, Fallos 330:3248.

lugar jurídico que se le otorga a los embriones crioconservados. Así, analiza las palabras “persona”, “ser humano”, “concepción” y “en general”, desde cuatro diferentes tipos de interpretaciones, a saber: 1) el sentido corriente de los términos; 2) sistemática e histórica; 3) evolutiva, y 4) según el objeto y fin del tratado. Concluyendo que la noción de concepción a la que alude el mencionado art. 4.1 acontece cuando el embrión es implantado en la mujer. En otras palabras, considera que el embrión *in vitro* no es persona.

Para arribar a dicha conclusión, expuso entre tantos otros argumentos de peso que la CADH data de 1969, época en la que no existía la posibilidad de la FIV, debiéndose interpretar el instrumento internacional de manera dinámica. En esta tésis, destaca que a la luz de las pruebas rendidas en el proceso surge que el descarte embrionario ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la FIV, por lo cual, sería desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente, incluso en procesos donde no interviene la ciencia.

Además, en el fallo se reconoce el derecho de toda persona a formar una familia, a gozar del desarrollo de la ciencia médica y a no ser discriminado por razones socioeconómicas (aquellas personas que cuentan con medios materiales para acceder a las TRHA de alta complejidad como la FIV sí lo pueden hacer, en cambio quienes carecen de los medios económicos no) observando así, una mirada positiva de la práctica al entender:

El embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

Asimismo, la Corte IDH agrega que “a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. (...) En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona” (párr. 256); y de manera más amplia -considerando algunos que se trata de un *obiter dictum*, es decir, que se ex-

pide sobre un tema que no es el que se plantea en el caso, se asevera-siguiéndose el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.2 que al adoptarse “un concepto amplio e integral de salud sexual y reproductiva, se señaló que: ‘La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia’” (16).

La sentencia en cuestión ha sido revisada tres años más tarde por la propia Corte IDH (17) en el afán de que sus sentencias sean efectivas y cumplan su principal objetivo: reparar las violaciones de los derechos humanos en juego, consagrados en la CADH. (18)

En los hechos, el Estado costarricense no realizó acciones positivas tendientes a dejar sin efecto la prohibición de la FIV, ni reguló los aspectos necesarios para su implementación. Si bien se habían presentado varios proyectos de ley, no existía consenso parlamentario. Debido a ello, el Ejecutivo emite el Decreto N° 39210-MP-S tendiente a regular la FIV, el cual no ha tenido favorable acogida por parte de la justicia, ya que el 3 de febrero de 2016 (sentencia N° 2016-001692), la Sala

(16) El destacado nos pertenece.

(17) Corte IDH, 26/02/2016, “Caso Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) c. Costa Rica s/ supervisión de cumplimiento de sentencia”, recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.pdf [Fecha de consulta: 29/03/2018]. Esta sentencia ha sido comentada con anterioridad en: Kemelmajer de Carlucci, Herrera M. y Lamm E., La Corte Interamericana de Derechos Humanos controla, sin concesión alguna, el cumplimiento de sus decisiones. *LL Cita Online*: AR/DOC/875/2016. Asimismo, se recomienda consultar: Gil Domínguez, A. (2016), El caso “Artavia Murillo II”: La Corte Interamericana de Derechos Humanos determina con precisión la fuerza normativa de la convencionalidad aplicada a un caso concreto, cita online: AP/DOC/722/2016

(18) Cabe aclarar que no es la primera vez que el tribunal se pronuncia en pos del control de sus sentencias, pues ya lo ha hecho en otras oportunidades sosteniendo lo siguiente: “La obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar el tratado internacional de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional”. Conf. Corte IDH, 20/03/2013, “Caso Gelman vs. Uruguay s/ supervisión de cumplimiento de sentencia”, párr. 59, recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf [Fecha de consulta: 29/03/2018].

Constitucional de Costa Rica declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo argumentando que la materia no puede ser regulada por decreto, sino por ley.

En este contexto, entra nuevamente a escena la Corte IDH con mayor vigor, al afirmar: “el Estado ha incumplido sus obligaciones internacionales perpetuando una situación de violación a los derechos a la vida privada y familiar que podría generar graves e irreversibles consecuencias en aquellas personas que requieren acceder a esta técnica de reproducción”. Y declara que, de ahora en adelante, “la prohibición no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica ni constituir un impedimento al ejercicio de los referidos derechos protegidos por la Convención (...) debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio del derecho a decidir sobre si tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción asistida, tanto a nivel privado como público, sin necesidad de un acto jurídico estatal que reconozca esta posibilidad o regule la implementación de la técnica”. En tal sentido, la Corte IDH ordena al Estado a mantener vigente el Decreto Ejecutivo que regula la FIV hasta tanto el Poder Legislativo promulgue la ley correspondiente.

Una primera conclusión: el derecho civil constitucionalizado-convencionalizado debe interpelarse a la luz de los avances en el plano internacional-regional y allí se dice, de manera precisa, que el embrión *in vitro* no es persona.

¿Qué dice el propio CCiv. y Com. al respecto? En este orden, el artículo 20 entiende por concepción el plazo que transcurre entre el mínimo y máximo para el embarazo; es decir, se relaciona la noción de concepción con la de embarazo. La conclusión que se deriva de ello es elocuente: no puede haber embarazo sin, como mínimo, anidación (implantación del embrión en la persona). Desde el punto de vista práctico, es evidente que, si una pareja tuviere 5 embriones criopreservados y se realiza un test de embarazo, este daría negativo. Por lo tanto, si se vincula el término concepción al de embarazo, es claro que por concepción no se entiende la unión entre óvulo y esperma sino, de mínima, cuando tales embriones están transferidos y anidados en una persona (19).

Por otra parte, el artículo 21 es también preciso en este sentido, al sentar como principio que los derechos y obligaciones se consolidan o quedan sujetos al nacimiento con vida, diciéndose de manera expresa que esta situación de latencia acontece desde la concepción o la implantación del embrión y hasta el efectivo nacimiento con vida. De este modo, se apela al término concepción cuando de se trata de filiación por naturaleza o biológica y a implantación del embrión en la persona como elemento a partir del cual, habría persona en los términos jurídicos

(19) No se alude al término “mujer” en consonancia con la ley 26.743 de identidad de género.

cuando se trata de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). O sea, antes de este acontecimiento, para el propio CCiv. y Com., no estaríamos ante una persona sino ante un embrión no implantado.

Esta óptica es enfatizada en las normas relativas a la regulación de la filiación derivada de las TRHA. Ámbito en el cual prevalece el elemento volitivo a los efectos de la determinación filial, a través de la consagración de la “voluntad procreacional” (plasmada en el consentimiento informado, previo y libre) como causa fuente del vínculo jurídico. En este sentido, el artículo 561 del CCiv. y Com. permite que tal consentimiento sea revocado mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión, por lo que es evidente que el Código nuevamente, parte de la idea de que el embrión no implantado o in vitro no es persona pues, si lo fuera, el consentimiento no podría revocarse. La posibilidad de revocar el consentimiento no es un dato menor, da cuenta de la inexistencia de personalidad y la imposibilidad de exigir el derecho a la vida y/o un “derecho a nacer”.

Por último, la disposición transitoria segunda establece la obligación del Congreso de la Nación de sancionar una ley especial en la materia que tenga por objeto la protección del embrión no implantado. Por lógica legislativa, si fuera persona humana debería estar regulado en el CCiv. y Com. y no en una ley especial en la que se van a determinar los términos de su protección. Ocurre que, como se viene explicando, se parte de la base de que no es persona humana y por ello, no está regulado en el Código de fondo. Esta afirmación nos obliga a indagar sobre una preocupación clásica del derecho en torno a la naturaleza jurídica. ¿Acaso importa cuál es la naturaleza jurídica de una institución o figura o, en definitiva, lo que interesa es saber qué tipo de regulación la rige, es decir, qué derechos y deberes genera? Al respecto, es sabido que el campo de la bioética está plagado de figuras, instituciones y elementos que exceden las clasificaciones clásicas de persona o cosa como ser: la sangre, las células madres, los tejidos, el material genético y también los embriones vendrían a engrosar este listado de naturaleza jurídica “sui generis”. En realidad, lo que aquí interesa es la regulación de cada una de ellas, más allá del rótulo o etiqueta que se le pretenda consignar desde una perspectiva clásica, que nada tiene que ver con el dinamismo y la modernidad que involucra el campo de la bioética.

Por fuera de la legislación civil, otras normas que no fueron tachadas de inconstitucionales también siguen la misma línea que aquí se defiende. Nos referimos a la ley 26.862 sobre acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida; como así también, su decreto reglamentario 956/2013. Esta línea es observable en tres permisiones legales centrales o nodales: 1) la donación de embriones, 2) la criopreservación de embriones, y 3) la revocación del consentimiento hasta antes de la transferencia del embrión en la persona.

Si las obras sociales y prepagas están obligadas por ley a cubrir diferentes procedimientos de TRHA, entre ellos, la donación y criopreservación de embriones, fácil se concluye que, según esta normativa, el embrión in vitro no es considerado persona.

En definitiva, conforme una interpretación sistémica, entrelazada y coherente del ordenamiento jurídico, esto es, teniendo en cuenta todas y cada una de las fuentes normativas y el orden de prelación entre las mismas: la personalidad jurídica comienza, en los supuestos de TRHA, cuando el embrión se implanta o transfiere a la persona. Es decir, antes de este momento, es claro que el embrión no es considerado persona desde el plano civil, por lo tanto, es errada toda interpretación que sostenga que la protección jurídica del embrión como persona ocurre desde la unión entre un óvulo y esperma.

Asimismo, cabe destacar que la dialéctica empleada no es caprichosa. Sucede que el CCiv. y Com. en su mencionado artículo 2 determina que “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. Por consiguiente, es el mismo CCiv. y Com. el que prevé tal mecanismo de interpretación contemporánea, dinámica, realista y humanista de las normas que lo componen; mecanismo que cobra aún mayor relevancia en aquellos supuestos como el de análisis donde es necesario dilucidar qué se entiende por concepción.

Como cierre, se comparte un argumento con el que se coincide trayendo a colación el siguiente caso hipotético ideado por el médico especialista en ginecología y obstetricia chileno y perito en el mencionado caso Artavia Murillo, Zegers Hochschild:

La bióloga jefa de un laboratorio de reproducción asistida llega, un sábado de mañana, a revisar las incubadoras que contienen 20 embriones en desarrollo de 4 y 8 células; dado que no tiene a nadie con quien dejarla, la bióloga lleva a su hija de 2 años y la deja en la sala adjunta mientras va a preparar soluciones para ese día. En ese momento, ocurre un incendio y se requiere actuar rápido; un bombero acude al incendio entra a la zona del laboratorio y se encuentra frente a la alternativa de salvar a la niña o salvar 20 embriones que están en la incubadora; si los embriones de 8 células tiene el mismo valor que la persona, debiera prevalecer el criterio cuantitativo y salvar 20 es siempre mejor que salvar uno, sin embargo, lo más probable es que el bombero salve a la niña, echando mano a un juicio de valor en que prima la persona actual sobre los embriones (2012, pp. 184 y ss.).

III. La diferencia entre vida y persona

Como bien se adelantó, el CCiv. y Com. regula lo relativo a las personas, no a la vida. Al respecto, cabe destacar que no existe un consenso a nivel científico sobre el inicio de la vida (20), tampoco es el objetivo del presente artículo establecerlo. ¿Cómo pretender seguridad en un campo en el que rige la inseguridad como en tantas otras esferas del conocimiento? Sí es necesario señalar que se trata de nociones diferentes y que para ello, se considera de relevancia apelar a lo expresado por el Comité de Ética en la Ciencia y la Tecnología (CECTE), organismo público dependiente del Ministerio de Ciencia y Tecnología de la Nación integrado por científicos de reconocida trayectoria del país, que se ha ocupado de manera profunda y precisa sobre el tema, en ocasión de emitir opinión sobre el entonces Anteproyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial en el que se dedicó, precisamente, a desentrañar las nociones de persona, concepción y vida.

Con relación a este último, se expuso que

el concepto de 'vida' puede aplicarse tanto a células individuales como al conjunto de células que forman un embrión o un adulto. Por consiguiente, la gameta femenina (óvulo), la masculina (espermatozoide), y el cigoto que se forma por la unión de ambas, están vivos. Quizás la forma más sencilla de comprender la diferencia entre el comienzo de la existencia de la persona y el comienzo de la vida es compararlas con el concepto inverso, es decir la muerte o finalización. La ciencia y la ley establecen criterios estrictos para definir la muerte o finalización de la existencia de una persona aun cuando gran parte de sus células sigan vivas por un tiempo no despreciable. Según la teoría "instantaneísta", el comienzo de la persona humana coincide con la fecundación debido a que el cigoto contiene la totalidad de la información genética. Sin embargo, este argumento es insuficiente. La información genética no alcanza para constituir un individuo completo. El concepto de información es más amplio e incluye modificaciones sustanciales durante el desarrollo embrionario: a partir de esa única célula se llega a conformar un organismo que al nacer llega a tener más de 1012 células, con un orden asociado a su distribución espacial que no estaba presente en la información contenida en el óvulo fecundado. El estudio del desarrollo del embrión después de su implantación en el útero revela que se produce información de otro tipo asociada a la estructura espacial y a la interacción entre cada uno de los componentes, que no existía en el óvulo fecundado y se adquiere del

(20) CECTE, Ética de la investigación científica y tecnológica y Derecho: El comienzo de la persona y el tratamiento del embrión no implantado, recuperado de <http://www.cepte.gov.ar/pdf/000068-es.pdf> [Fecha de consulta: 29/03/2018].

ambiente provisto por la madre”. Se asevera que “El adelanto del conocimiento científico y tecnológico abrió la posibilidad de que la fecundación (unión del óvulo y el espermatozoide) y el desarrollo inicial del embrión se realicen fuera del tracto reproductor femenino, *in vitro*. Los embriones resultantes de la aplicación de estas técnicas de reproducción humana asistida necesitan ser implantados en el útero para llegar a ser un feto y luego un niño, lo que implica una intervención externa adicional a la formación del cigoto. Consecuentemente, se debe distinguir entre el embrión preimplantado y el embrión implantado. Mientras que el primero no puede desarrollarse por sí mismo, el embrión implantado en un útero puede evolucionar hasta constituirse en un ser humano.

En esta misma lógica comparativa entre la vida y la muerte, no se debe perder de vista la ley 26.742 denominada de “muerte digna” que entre otras cuestiones, modificó el inciso e) del art. 2 de la ley 26.529 de derechos de los pacientes y dispone referido a la “*Autonomía de la voluntad*” que

el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.

Más allá de toda indefinición en torno a desde cuando hay o no vida, lo cierto es que nadie va a poner en duda que cuando una persona se encuentra en estado terminal o le aqueja una enfermedad grave como se consigna en el texto legal transcrito hay, efectivamente, vida; y la propia ley 26.742 permite que, por la sola autonomía de la persona, pueda decidir morir o poner fin a dicha vida. Por lo tan-

to, la existencia de vida tampoco es obstáculo para que la ley pueda reconocer, revalorizar o priorizar una decisión autónoma por sobre una “vida”.

Como cierre de este apartado, es interesante traer a colación una afirmación muy acertada que esgrime la Corte IDH en el aludido caso Artavia Murillo que se vincula con la bioética laica a la cual ya nos hemos referido al decir que “hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a quienes confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas posiciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten” (párrafo 185).

IV. Persona en desarrollo y persona nacida

El CCiv. y Com. sigue la noción de concepción como sinónimo de anidación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.1 de la CADH que, como ya se ha expresado, data de 1969, época en la cual, la FIV era más una cuestión de ciencia ficción que de realidad, ya que la primera niña que nace mediante esta técnica lo fue en el año 1978, es decir, casi diez años después (21). A pesar de ello, ya el texto de este importante instrumento regional aludía al término “en general”, por lo cual, se acepta desde sus orígenes que la protección del derecho a la vida no es absoluta; a lo cual se le adiciona el carácter de gradual e incremental, tal como lo expone su intérprete, la Corte IDH en el mencionado caso Artavia Murillo.

En este contexto, a mayor posibilidad de nacer con vida (elemento también central para la legislación civil), mayor es la protección jurídica que debe darse; por el contrario, a menor desarrollo y posibilidad de nacimiento con vida, menor es la protección y a la par, mayor fortaleza —desde la innegable ponderación de derechos— de los derechos de la mujer de quien no se discute que es una persona nacida con plenos derechos. Derechos sobre los que, además, recae cierto plus de protección constitucional-convencional por la discriminación sistémica de la cual han sido víctimas por un sistema jurídico eminentemente patriarcal y machista.

Ya el propio Código Civil originario -y se mantiene en el vigente- receptan el principio de gradualidad al considerar que si una persona no nace con vida se lo considera como “*si nunca hubiera existido*”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21

(21) Para profundizar sobre este caso, sus particularidades y avances, recomendamos compulsar Herrera, M. y Lamm, E. (2015). Técnicas de reproducción humana asistida. *AAVV, Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 295 y ss.). Buenos Aires: Thomson Reuters- La Ley.

del CCiv. y Com. (22). Por lo tanto, la legislación civil, no solo la vigente desde agosto del 2015 sino la de fines del siglo XIX, admite que nacer con vida o sin vida tienen diferentes entidades; valorándose con mayor fuerza —y por ende protección jurídica— el nacimiento con vida. En este contexto, es claro que la persona nacida (la mujer) y su derecho a la vida tiene mayor peso, que la de un feto o persona por nacer.

Esta observación jurídica tiene su correlato en el campo del derecho penal al regularse con una escala muy diferente, el delito de aborto que el de homicidio. En otros términos, la interrupción voluntaria del embarazo no es considerada o tipificada como delito de homicidio. Veamos, el Código Penal de 1921 dispone en el artículo 79 destinado a tipificar el homicidio simple, que “se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena”. Por el contrario, el artículo 85 inciso 2do se refiere al delito de aborto asignándole la siguiente pena: “Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer”. En este contexto legislativo, es claro que, si bien para la legislación civil la existencia de la persona comienza con la concepción, el tratamiento jurídico y la correspondiente protección legal no es igual cuando se trata de una persona en desarrollo dentro del cuerpo de alguien que cuando la persona ha nacido, se ha separado de aquélla y tiene su propia entidad e identidad. Esto es así, tanto para la legislación civil como para la normativa penal.

Siguiéndose con la lógica que impera en el Código Penal desde 1921, cabe destacar que esta diferencia entre persona nacida y persona por nacer o feto, también se la advierte al regular los supuestos de “aborto no punible”. Sucede que, si el feto fuera persona con la misma entidad e identidad jurídica que las personas nacidas, jamás el artículo 86 inciso 2 podría haber previsto causales de despenalización. Si el régimen penal recepta causas de despenalización ello significa que, de base, considera que hay una diferencia entre persona no nacida y persona nacida. Precisamente, este debate fue abordado de manera acabada por la Corte Federal en el resonado caso “E, A. L. s/ medida autosatisfactiva” de fecha 13/03/2012 (23).

(22) Vale recordar el texto sobre el “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”.

(23) CSJN, 13/03/2013, “E, A. L. s/ medida autosatisfactiva”, *LL Cita Online*: AP/JUR/55/2012. Este resonado fallo ha comentado en tantísimos trabajos elaborados por la doctrina nacional, como ser: Cavallo Mercedes y Rossi Felicitas, “El caso “E.A.L.” un avance hacia la legalización del aborto”, *RDP Cita Online*: AP/DOC/2242/2012; Gullco H. V., La interpretación armónica del código penal en el aborto: el fallo de la Corte Suprema de la Nación en el caso “E.A.L. s/medida autosatisfactiva”, *RDP Cita Online*: AP/DOC/2079/2012; Hopp C. M., La sentencia “E, A. L.” de la corte suprema de justicia de la nación: una decisión sobre aborto y derechos humanos. *RDP Cita Online*: AP/DOC/4960/2012; y Lamm E. (2012). El aborto ante la Corte Suprema: una restricción menos, un paso más. *JA*, julio, (p. 3).

Aquí la máxima instancia judicial federal interpreta los supuestos de aborto no punible que regula el Código Penal en el inciso 2do del artículo 86 y en ese marco, tuvo que dedicarle algún espacio a desentrañar otro error jurídico muy común de transferencia directa al campo civil. Nos referimos al artículo 2º de la ley 23.849, en cuanto estipula que el artículo 1º de la Convención “debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción”. Al respecto, se afirma que ello “no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Esto porque, como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación a la aplicación del artículo 21 de la Convención, respecto del artículo 1º se limitó a plasmar una declaración interpretativa”. ¿Qué diferencia existe entre una reserva o una declaración interpretativa? Son figuras o herramientas legales que persiguen objetivos sumamente diferentes; a grandes rasgos, la primera se caracteriza por la intención de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado, mientras que la segunda se propone precisar o aclarar el sentido o el alcance del instrumento. Por lo tanto, se trata de una declaración interpretativa emanada de una ley esgrimida con anterioridad al fallo Artavia Murillo, así como a grandes reformas legislativas que han venido posteriormente. ¿Acaso, como ya se ha sostenido, las normas no deben ser interpretada de manera dinámica y teniéndose en cuenta tales avances, a los fines de actualizar las “condiciones de su vigencia”?

Más aún, esta diferencia entre persona no nacida o feto y persona nacida también se lo observa en el CCiv. y Com. al regular los alimentos a favor de la mujer embarazada en el artículo 655 en los siguientes términos: “La mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada”. Como se puede observar, no son alimentos a la persona por nacer sino a la mujer por su especial situación de embarazo. Por lo tanto, la única legitimada activa para solicitarlos es la propia mujer y no lo está ningún asesor o defensor de menores en representación de nadie. O sea, un derecho que está en absoluta consonancia con lo dispuesto en el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional que focaliza, justamente, en esta especial situación en la cual se encuentran las mujeres cuando transitan un embarazo.

Por último, se suele apelar de manera general a la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes para decir que a este grupo social le cabe un plus de derechos y de protección, por lo cual, entre una colisión de derechos entre los adultos (en este caso las mujeres) y los niños/niñas, prevalecerían los derechos de estos últimos. Claramente, aquí se incurre un error porque la ley 26.061 regula los derechos de los niños, niñas y adolescentes ya nacidos, no pudién-

dose ampliar todas las consideraciones, principios y reglas que allí se exponen para las personas no nacidas o fetos, porque ello sería incurrir en una falacia ontológica: no advertir una diferencia sustancial, no es lo mismo nacer con vida que sin vida o aún no tener una independencia para ser considerada persona con la protección máxima que le brinda el régimen jurídico cuando se produce el alumbramiento y la correspondiente separación de la mujer e individualidad. ¿Acaso no se incurriría en una falacia aplicar la misma normativa —ley 26.061— a destinatarios con diferencias ontológicas tan disímiles como lo es un feto y una persona nacida? ¿Cómo debería ser satisfecho el derecho a estar inscripto, el derecho a tener un nombre o el derecho a la preservación de los vínculos familiares que regula la ley especial en materia de infancia y adolescencia cuando se trata de personas no nacidas?

V. La perspectiva de género que campea todo el ordenamiento jurídico nacional

De conformidad con la obligada mirada sistémica, el CCiv. y Com. también se ha visto atravesado por los fuertes debates en clave de género desarrollados en los últimos tiempos en el campo jurídico por fuerza de la doctrina internacional de los derechos humanos. En este sentido, se ha aseverado con acierto que el CCiv. y Com. tiene “cara de mujer” (24).

¿Cuáles son los otros aportes de la legislación civil al debate sobre la interrupción voluntaria del embarazo? Es esto lo más novedoso que se propone en el presente artículo, destacar que el CCiv. y Com. no sólo va en la misma lógica de ampliación de derechos instalada por tantas normas anteriores a él, colocando al ordenamiento jurídico argentino en un lugar de vanguardia; sino que tal actitud es la que permite aseverar que la legislación civil acompaña, reafirma y fortalece el debate por la legalización del aborto.

Básicamente, y de manera sintética, los aportes del CCiv. y Com. en materia de aborto a la luz de una obligada perspectiva sistémica son los siguientes:

a) el concepto de *prevención* al que se refiere el artículo 1710 al disponer que “Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos

(24) Para profundizar sobre este tema se recomienda compulsar: Herrera, M. y Salituri Amezcua, M., El derecho de las familias desde y en perspectiva de géneros, *op.cit.* y Herrera, M., El Código Civil y Comercial desde la perspectiva de género, *op.cit.*

en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

Si bien esta noción está consignada dentro del capítulo dedicado a la responsabilidad civil o derecho de daños, lo cierto es que campea todo el ordenamiento civil. ¿Acaso si en el campo más “privado” de las relaciones humanas se le otorga un lugar de relevancia a la función preventiva, ella no debería serlo con mayor énfasis en el plano “público” y todo lo relativo al rol del Estado como garante último de los derechos humanos de sus ciudadanos? Apelándose al principio de realidad -que también ha marcado el rumbo del CCiv. y Com. al reconocer diferentes formas de organización familiar para dar respuesta a una gran cantidad de situaciones, problemáticas o conflictos que se suscitan en una sociedad en constante movimiento- es dable destacar la gran cantidad de investigaciones que arrojan como resultado una afirmación concluyente: los países que legalizan el aborto tienen un menor número de muertes provocadas por aborto. De allí que se sostenga con acierto que en respeto, precisamente, del derecho a la vida (de personas nacidas, mujeres), el Estado a través de la ley deba permitir la interrupción voluntaria del embarazo. En este sentido, y solo a modo de ejemplo, cabe traer a colación la reciente investigación publicada en la reconocida revista científica *The Lancet* (25) en el que se destaca, entre otras cuestiones:

- El aborto en el mundo ha disminuido en los últimos años y se estima que la legalización de la práctica ha sido el factor que más ha contribuido.

- Los países con aborto penalizado son los que presentan las más altas tasas de aborto.

- La cantidad de abortos inducidos realizados en el período 2010-2014 fue de aproximadamente 56 millones.

- En los países desarrollados la cantidad de abortos ha disminuido de 12 a 7 millones, mientras que en los subdesarrollados se incrementó de 38 a 49 millones. Hay que considerar que el crecimiento demográfico ha sido mayor en estos países.

- La tasa global anual de aborto entre el 1990-1994 era de 40 cada 1000 mujeres entre los 15-44 años. En el intervalo 2010-2014 disminuyó a 35 cada 1000.

(25) La síntesis de los aportes provenientes de esta publicación se encuentra en las siguientes notas periodísticas: Carabajal M., Si es legal, el aborto disminuye. *Página 12*, 01/04/2018, recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/105158-si-es-legal-el-aborto-disminuye>, y Carabajal M., Un insumo científico para el debate. *Página 12*, 01/04/2017, recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/105157-un-insumo-cientifico-para-el-debate> [Fecha de consulta: 02/04/2018].

- Si se compara el período 1990-1994 con el período 2010-2014 en los países desarrollados y con aborto legal, se observa que la tasa bajó de 46 a 27/1000. Sin embargo, es aún muy alta en los países en desarrollo, la mayoría de los cuales tienen el aborto penalizado.

- La probabilidad de tener un aborto inducido en un país en desarrollo es de 36 cada 1000 mujeres de 15 a 44 años, mientras que en los países desarrollados es de 27 cada 1000.

- El Caribe es la subregión con mayor proporción de abortos: de 59 cada 1000.

- Luego sigue Sudamérica con 48 cada 1000 mujeres de 15 a 44 años.

- Los países con menor cantidad de abortos son Estados Unidos y los de Europa del norte (17 y 16/1000 respectivamente). Se estima que esta baja tasa se debe, entre otras cosas, al acceso a métodos anticonceptivos modernos.

- La tasa de abortos en el Caribe y en América Latina prácticamente no ha mostrado cambios en los últimos treinta años.

b) La noción de *vulnerabilidad* a la que alude el artículo 706 del CCiv. y Com. cuando se refiere a los procesos de familia y el abordaje prioritario y especializado que debe tener toda aquella persona que, más allá de que sea capaz desde el punto de vista civil, lo cierto es que por diferentes razones se encuentra en situación de vulnerabilidad o desventaja. Este articulado se inspira en las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad, en cuyo texto se reconoce que una de las variables o pautas que marcan dicha condición es el género al aseverarse que

la discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad. Se entiende por discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Se considera violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica. Se impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la

tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones. Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna (párrafo 8).

Y en el apartado anterior, el 7, se alude a la pobreza en los siguientes términos:

La pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad. Se promoverá la cultura o alfabetización jurídica de las personas en situación de pobreza, así como las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia.

De este modo, la interacción género/pobreza que está detrás de las situaciones más graves de la interrupción voluntaria del embarazo dado que los casos de muerte por abortos clandestinos comprometen a mujeres pobres, es evidente que ello configura una clara situación de vulnerabilidad que hasta la legislación civil está comprometida en su visibilidad y abordaje con mayor atención y privilegio.

c) La **interacción entre derecho civil y derechos sociales**, en especial, el derecho a la salud que tiene un lugar de relevancia en el CCiv. y Com. bajo la regulación de los derechos personalísimos y el derecho al cuidado del propio cuerpo. Incluso en el campo de la adopción se advierte esta interacción (conf. artículos 595 y 607). ¿Acaso pueden ser satisfechos los derechos civiles cuando se carece de un piso mínimo de derechos sociales, en el que la discriminación por razones socioeconómicas es un condicionamiento clave para el desarrollo de los primeros, consideración y realidad elocuente en materia de aborto y en particular, abortos clandestinos?

d) Aunado a los tres anteriores, el **principio de realidad** que constituye otro de los pilares del CCiv. y Com. tal como se explicita en los Fundamentos del Anteproyecto. Este es un elemento que no puede dejarse de lado, so pena de incurrirse en una legislación civil alejada de las problemáticas sociales, incluso como herramienta de suma relevancia para las personas (mujeres) más débiles.

e) La **reafirmación de la autonomía de la voluntad** como un pilar de la legislación civil contemporánea, a tal punto que el CCiv. y Com. avanza en particular, en el reconocimiento del ejercicio por sí de los derechos personalísimos (artículo 55), especialmente, los actos de disposición del propio cuerpo (artículo 56), y en lo relativo a los derechos sexuales y reproductivos, el derecho al cuidado al propio

cuerpo (artículo 26), del modo amplio que se lo hace en favor de su ejercicio por parte de los adolescentes.

De este modo, se ha afirmado con acierto que el CCiv. y Com. es el código de la libertad y de la autonomía, cuyos límites giran en torno a las nociones de solidaridad y responsabilidad. Precisamente, el debate por la legalización del aborto compromete, revaloriza y coloca en un lugar central, el derecho de las mujeres a decidir. En esta lógica, nos parece que sería un gran aporte desde la doctrina empezar a diferenciar los temas de salud sexual con los de salud reproductiva, siendo que en materia de aborto está comprometido el derecho a la salud sexual y el derecho a no procrear, diferente en el campo de las TRHA que involucra el derecho a procrear y a la salud reproductiva. De allí, que se critica la alusión que se hace en el fallo resuelto por el Tribunal de Juicio, Sala II, de la Vocalía 1 y de Menores de Metán, Salta en fecha 16/03/2018 (26), que involucra un proceso en el que se solicita la cobertura médica de TRHA, haciéndose lugar a la petición alegándose que “sin lugar a dudas la búsqueda de generar un nuevo ser y las ansias de ser mamá consolidando la célula social”; y en esta lógica errada centrada en el binomio mujer -madre, se agrega que “es oportuno recordar que más allá de la protección a las personas afiliadas a la medicina prepaga, el caso de la accionante es particular al ser una persona que está intentando generar vida, en tiempos en los cuales se pone en boga la discusión para avalar prácticas abolicionistas de la generación de nuevos seres”. Para deconstruir este tipo de miradas absolutamente patriarcales, es necesario profundizar sobre la distinción aludida entre derecho a procrear y a no procrear, siendo este último el que está aquí en debate.

VI. Brevísimas palabras de cierre

La relectura obligada del derecho civil a la luz de la perspectiva constitucional-convencional que impregna la legislación de cabecera como lo es el CCiv. y Com., no sólo permite dar respuestas claves desde este ámbito del derecho en torno a temáticas clásicas vinculadas con la interrupción voluntaria del embarazo como ser, las nociones de concepción, persona, nacimiento con vida, entre otras; sino que también es hábil para profundizar sobre otras cuestiones, como las políticas de género —en especial, las de prevención y las destinadas a personas vulnerables—, sin perder de vista otra cuestión clave: la autonomía de la voluntad y el poder de decisión por parte de cada persona en todo lo relativo al cuidado del propio cuerpo como un derecho personalísimo básico, al que la legislación civil le brinda un lugar de relevancia, incluso a favor de personas menores de edad,

(26) Trib. de Juicio, Sala II, Voc. 1 y Men. 1era. Nom., 16/03/2018, “Swiss Medical; L. E. M. B. s/Amparos Constitucionales”, recuperado de <http://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/077/811/000077811.pdf> [Fecha de consulta: 17/04/2018].

precisamente, los adolescentes. Puntualmente sobre este grupo etario, se dispone que aquellas que cuenten con 16 años o más son consideradas “adultas” desde el punto de vista del concepto de capacidad jurídica en lo relativo al ejercicio de estos derechos (conf. artículo 26, CCiv. y Com.). Todo ello, sin perderse de vista el principio de realidad que responde el dinamismo ínsito que observa la legislación civil de hoy auspiciado por los dos primeros articulados en los que se anima a revalorizar y consolidar la doctrina internacional de los derechos humanos en el ámbito nacional.

En definitiva, autonomía, libertad, prevención y vulnerabilidad constituyen nociones básicas y fundamentales que incorpora y refuerza la legislación civil en clave de género, siendo éste un verdadero aporte aun poco explorado en un debate que constituye, sin lugar a duda, una deuda pendiente de la democracia: la legalización del aborto. Desde esta perspectiva, el derecho civil tiene grandes aportes emancipatorios para hacer. Ello significa, sin dudar, una interpelación profunda a quienes se resisten a navegar por el derecho civil contemporáneo: constitucionalizado, convencionalizado, laico y plural. ¿Acaso esta resistencia habría generado una pretensa contra-regulación mediante la conformación de una nueva comisión reformadora (27)? Como se ha expresado: “No se trata, solamente, de la adecuación de determinados institutos jurídicos, de solucionar ciertos conflictos planteados en la vigencia de los Códigos Civil y de Comercio o de la adopción de criterios regulatorios. La cuestión va más allá, a mi entender: es el diseño de una arquitectura jurídica moderna, dinámica, actual y con una notable perspectiva de futuro. El Derecho muta, cambia y debe amoldarse a las realidades que debe regular. Y ello es claramente receptado en el Código Civil y Comercial que prontamente regirá en su totalidad” (28).

El debate sobre el aborto ha vuelto a remover tensiones entre lo viejo y lo nuevo en el campo del derecho civil, y ello es lógico, porque las grandes transformaciones culturales nunca han sido sencillas; y si a ello le sumamos una temática como el aborto que involucra la sexualidad y el poder sobre el cuerpo de las mujeres, doblemente complejo. Así son las verdaderas luchas.

VII. Bibliografía

Argañaraz, M. y Monjo, S. (2013). La fecundación in vitro a la luz del art. 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la sentencia de la CIDH en autos “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, de 28/11/2012. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley*. CABA, marzo, 223.

(27) Decreto 182/2018.

(28) Barbieri, P. C., recuperado de www.infojus.gov.ar. Id Infojus: DACF150378.

Barbieri, P. C. (2015). El Código Civil y Comercial entre el pasado y el futuro. *IdInfojus: DACF150378*. CABA.

Basset, Ú. C. (2011). Wrongful life/birth: el problema de decidir qué vidas merecen la pena ser vividas. *Derecho de Familia y Persona, La Ley, Cita Online: AR/DOC/4044/2011*. CABA.

Capdevielle, P. y Medina Arellano, M. de J. (2018). Prólogo. En P. Capdevielle, y M. de J. Medina Arellano (coords.), *Bioética Laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia* (pp. XV y ss.). México: UNAM.

CECTE (2014). *Ética de la investigación científica y tecnológica y Derecho: El comienzo de la persona y el tratamiento del embrión no implantado* [on line]. Buenos Aires, Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva. Recuperado de <http://www.ecte.gov.ar/pdf/000068-es.pdf> [Fecha de consulta: 29/03/2018].

Cerrutti, M. del C. y Plovanich, M. C. (2014). Persona humana: Comienzo de la existencia. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley*. Buenos Aires, (mayo) 199.

Cerrutti, M. del C. y Plovanich, M. C. (2014). Comienzo de la existencia de la persona. *Suplemento Actualidad, La Ley*. Buenos Aires, 27/03/2014, 1.

Cavallo, M. y Rossi, F. (2012). El caso "F. A. L." un avance hacia la legalización del aborto. *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia, Abeledo Perrot, Cita Online: AP/DOC/2242/2012*. Buenos Aires.

De La Torre, N. (2013). Ayer, hoy y mañana en técnicas de reproducción humana asistida. *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, V (p. 98). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Ferrer, F. A. M (2015). Aspectos de las sucesiones en el nuevo Código. *La Ley*. Buenos Aires, E., 864.

Ferrer, F. A. M. (2015). Personas que pueden suceder al causante. *Derecho de Familia y Persona*. Buenos Aires: *La Ley*, abril, 91.

Gentile, J. H. (2015). La Constitución y el Código Civil y Comercial. *La Ley, Cita Online: AR/DOC/4209/2015*. Buenos Aires.

Gil Domínguez, A.; Famá, M. V. y Herrera, M. (2006). *Derecho Constitucional de Familia*. Buenos Aires: Ediar.

Gil Domínguez, A.; Famá, M. V. y Herrera, M. (2013). La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales. *Revista de Derecho de Familia y Persona* agosto. Buenos Aires: La Ley. 24.

Gil Domínguez, A.; Famá, M. V. y Herrera, M. (2015). *El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar.

Gil Domínguez, A.; Famá, M. V. y Herrera, M. (2016). El caso “Artavia Murillo II”: La Corte Interamericana de Derechos Humanos determina con precisión la fuerza normativa de la convencionalidad aplicada a un caso concreto. *La Ley Cita Online: AP/DOC/722/2016*. Buenos Aires.

Gullco, H. V. (2012). La interpretación armónica del código penal en el aborto: el fallo de la Corte Suprema de la Nación en el caso “F.A.L. s/medida autosatisfactiva”. *Revista de Derecho Penal, La Ley Cita Online: AP/DOC/2079/2012*. Buenos Aires.

Herrera, M. (2012). El Derecho de Familia en el Género y el Género en el Derecho de Familia en tres actos. En L. Pautassi y N. Gherardi (coords.), *Autonomía y feminismo siglo XXI. Escritos en homenaje a Haydeé Birgin*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Herrera, M. y Lloveras, N. (2012). *El derecho de familia en Latinoamérica*. Córdoba: Nuevo Enfoque.

Herrera, M. (2013). La ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida. Saldando deudas. *La Ley*. Buenos Aires, C. 1281.

Herrera, M. y De La Torre, N. (2013). Hacia una regulación integral de la reproducción humana asistida desde una perspectiva sociojurídica, bioética y derechos humanos. *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, 60. 327. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Herrera, M. (2015). El Código Civil y Comercial desde la perspectiva de género. *La Ley Cita Online: AR/DOC/160/2015*. Buenos Aires.

Herrera, M. (2017). Género y Familias: una dupla inescindible desde la experiencia del derecho argentino. *VI Congreso Internacional y XIII Congreso Nacional de Derecho Civil CONADECIVIL 2017*, (junio 22-24, Piura, Perú). Libro de ponencias.

Herrera, M. y Lamm, E. (2015). Técnicas de reproducción humana asistida. En S. Bergel y otros, *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.

Herrera, M. y Salituri Amezcua, M. (2017). El Derecho de las Familias desde y en Perspectiva de Géneros. *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*. Baranquilla, 49.

Hopp, C. M. (2012). La sentencia "F., A. L." de la corte suprema de justicia de la nación: una decisión sobre aborto y derechos humanos. *Revista de Derecho Penal, La Ley, Cita Online: AP/DOC/4960/2012*. Buenos Aires.

Kemelmajer De Carlucci, A. (2009). *La familia en el nuevo derecho*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Kemelmajer De Carlucci, A.; Lamm, E. y Herrera, M. (2013). El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH. *La Ley*. Buenos Aires, A., 907.

Kemelmajer De Carlucci, A.; Lamm, E. y Herrera, M. (2013). Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia. *La Ley*. Buenos Aires, D, 1037.

Kemelmajer De Carlucci, A. Herrera, M. y Lamm, E. (2016). La Corte Interamericana de Derechos Humanos controla, sin concesión alguna, el cumplimiento de sus decisiones. *La Ley Cita Online: AR/DOC/875/2016*. Buenos Aires.

Labombarda, P. M. (2014). El Código Civil Argentino y el comienzo de la existencia de las personas. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley*. Buenos Aires, mayo, 184.

Lafferriere, J. N. (2013). El artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: La Ley, noviembre, 143.

Lafferriere, J. N. (2015). Análisis integral de la media sanción sobre técnicas reproductivas. *La Ley*. Buenos Aires, A, 789.

Lamm, E. (2012). El aborto ante la Corte Suprema: una restricción menos, un paso más. *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires: La Ley, julio, 3.

Lloveras, N. y Salomón, M. (2009). *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Universidad.

Lorenzetti, R. L. (2012). Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. *La Ley Cita Online: AR/DOC/1931/2012*. Buenos Aires.

Luft, M. E. (2013). Un novedoso fallo que aplica la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la utilización de una técnica de fertilización asistida. ¿Es de aplicación obligatoria para nuestros tribunales cuando la Argentina no ha sido parte en la contienda? *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: La Ley, junio, 231.

Muñoz, G. F. (2014). Pasado, presente y futuro del artículo 19 del Código Unificado proyectado. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: La Ley, agosto, 180.

Sabin Paz, E. y Germani, M. L. (2014). ¿Ser o no ser? el debate en la responsabilidad civil por la destrucción de embriones no implantados. *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, II, 257.

Quintana, E. M. (2015). Cuestionamiento judicial a producir y seleccionar embriones mediante la técnica del diagnóstico genético preimplantatorio. *Derecho de Familia y Persona*. Buenos Aires: La Ley, marzo, 10.

Quintana, E. M. (2015). La Corte Suprema de Justicia de la Nación deniega una técnica lesiva de la vida e integridad física de los embriones. A propósito de la ley de reproducción humana asistida y su decreto reglamentario. *elDial.com DC205D*. Buenos Aires.

Sambrizzi, E. (2015). La protección de la vida de los embriones criopreservados. *El Derecho*. Buenos Aires, 13851, 265.

Tapia, R. (2018). La ciencia, la religión y la laicidad. En P. Capdevielle y M. de J. Medina Arellano (coords.), *Bioética Laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia*. México: Universidad Autónoma de México.

Vitolo, D. R. (2016). Principios generales del Título Preliminar del nuevo Código. *La Ley Cita Online: AR/DOC/980/2016*. Buenos Aires.

Zegers-Hochschild, F. (2012). Algunas consideraciones éticas en la práctica de la reproducción asistida en Latinoamérica. En M. Casado y F. Luna (coords.), *Cuestiones de Bioética en y desde Latinoamérica*. Madrid: Civitas- Thomson.

Jurisprudencia

Corte IDH, 20/03/2013, “Caso Gelman *vs.* Uruguay *s/* supervisión de cumplimiento de sentencia, párr. 59, recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf [Fecha de consulta: 29/03/2018].

Corte IDH, 18/10/2017, “Caso Fontevecchia y D’Amico *vs.* Argentina. Supervisión de cumplimiento de sentencia” [on line]. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevecchia_18_10_17.pdf [Fecha de consulta: 17/04/2018].

Corte IDH, 26/02/2016, “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) *vs.* Costa Rica. Supervisión de cumplimiento de sentencia” [on line]. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.pdf [Fecha de consulta: 02/04/2018].

Corte IDH, 30/11/2016, “IV *vs.* Bolivia” [on line]. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf [Fecha de consulta: 17/04/2018].

Corte IDH, 28/12/2012, “Artavia Murillo y otros contra Costa Rica” [on line]. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf [Fecha de consulta: 29/03/2018].

Fallos: 318:514.

Fallos 330:3248.

CSJN, 13/03/2013, “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”. *La Ley Cita Online: AP/JUR/55/2012*. Buenos Aires.

Trib. de Juicio, Sala II, Voc. 1 y Men. 1era. Nom., Salta, 16/03/2018, “Swiss Medical; L. E., M. B. s/Amparos Constitucionales” [on line]. Recuperado de <http://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/077/811/000077811.pdf> [Fecha de consulta: 17/04/2018].

Fecha de recepción: 18-04-2018 Fecha de aceptación: 16-06-2018