

**XXIV JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL 2013 - FACULTAD DE
DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

Comisión de Parte General: “Persona Humana. Comienzo de la Existencia. Estatuto”

Subsistencia de los derechos de la persona que muere antes de nacer

ZELAYA, Mario A. *

I- Planteo del problema del comienzo de la existencia de la persona física

El criterio sustentado por el Código Civil argentino –en adelante C.C.-- asigna al ser humano el carácter de persona a partir de la *concepción*. Si bien es claro que la idea permite desechar el nacimiento como punto de partida de la atribución legal de personalidad¹, no es tan sencillo establecer cuándo existe esa concepción y si es a partir de entonces que comienza el desarrollo de un nuevo ente con “*signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes*”, tales los términos del art. 51 C. C. para definir a la persona de existencia visible.

Entendemos la concepción como la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide masculino (unión de los gametos) en las trompas de Falopio², circunstancia que da origen al proceso

* **Profesor Adjunto de Derecho Privado Parte General, Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur (con sede en Bahía Blanca).**

¹ Esta teoría sostiene que para que tenga lugar el inicio de la personalidad se requiere el nacimiento con vida del concebido y su separación completa del cuerpo de la madre.

² Posición sostenida por la Iglesia Católica.

evolutivo de la vida de un ser distinto de sus progenitores³. En nuestro criterio, no puede negarse la personalidad en cualquiera de las etapas del desarrollo (embrionaria o fetal) a partir de la unión de los gametos femenino y masculino.⁴

Si bien los arts. 63⁵ y 70⁶ del C.C. pregonan la existencia de la persona desde su concepción "*en el seno materno*" (totalmente entendible si se piensa que el codificador no podía siquiera imaginarse el desarrollo de otra posibilidad como las técnicas de reproducción humana asistida), el resto de la normativa vigente reconoce la personalidad desde la concepción, sin hacer distinciones entre la que se lleva a cabo dentro o fuera del útero materno. La misma solución surge de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica, que goza de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 Const. Nac.), según el cual toda persona tiene derecho a que se respete su vida "*a partir del momento de la concepción*" (art. 1º, apartado segundo, y art. 4º), y también de las Constituciones de varias provincias⁷.

En el plano propiamente legislativo la cuestión tampoco aparece ninguna duda, pues en el art. 264 del mismo C. C. –antes y luego de la reforma de la ley 23.264 del año 1985, época en la que ya

³ Los esfuerzos legislativos o médicos para determinar la época de la concepción deben limitarse a la producida de modo natural en el seno materno, pues resulta sencillo conocer incluso el momento preciso de la que se lleva a cabo en forma extrauterina por medio de la fecundación *in vitro*.

⁴ Dejamos a salvo la existencia de otras tesis para determinar el momento de la concepción y el inicio del desarrollo biológico, tales como –por citar ejemplos– la que considera que el comienzo de la persona tiene lugar a partir de la anidación del óvulo fecundado en la cavidad uterina materna (alrededor de 14 días desde la fecundación, época en la que se detecta el embarazo), o desde la finalización de la singamia (es decir una vez producido el intercambio de la información genética a partir de la fusión de los núcleos de los gametos) o desde la conformación del sistema nervioso del embrión, de sus rudimentos o desde el desarrollo de sus facultades cognitivas (según la variante de esta tesis llamada “neuroológica”).

⁵ Art. 63.- Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.

⁶ Art. 70 (parte pertinente).- Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido.

⁷ Tales como, en orden alfabético, las de Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Chubut, Córdoba, Formosa, Salta, San Luis, Santiago del Estero, Tierra del Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sur y Tucumán.

se practicaban en el país las técnicas de fecundación asistida -- se asume la idea de no distinguir entre la concepción fuera o dentro del útero materno, al extender la patria potestad “*desde la concepción*” de los hijos hasta su mayoría de edad⁸. En idéntico sentido se pronuncian el art. 2 de la ley 23.849⁹, el art. 9 de la ley 24.714¹⁰, el art. 14 de la ley 24.901¹¹ y la solución puede leerse también en los considerandos del Decreto 1406/98¹² por el que se declara el día 25 de marzo de cada año como "Día del Niño por Nacer" (art. 1)¹³. Incluso todos los proyectos de reforma del Código Civil propusieron la subsistencia del sistema vigente.

En resumen, al menos desde el punto de vista normativo –aunque también la jurisprudencia se ha ido orientando en tal sentido¹⁴--, la solución del legislador nacional es categórica en cuanto al comienzo de la existencia de la persona física desde el momento de la concepción, sea en el seno materno o fuera de él. El debate sobre el comienzo de la vida es arduo y se puede argumentar en el plano de la biología, la ética, la filosofía y la religión. Pero las reducidas pretensiones de este trabajo no buscan siquiera encontrar la punta del ovillo que permita desenredar tales madejas multidisciplinarias, y el eje de la argumentación se centrará específicamente en el examen jurídico de las contradicciones normativas para el tema propuesto.

⁸ Los arts. 3290 y 3733 C.C. coinciden en que la capacidad para suceder y para adquirir por testamento se goza desde el momento de la concepción, sin distinción alguna entre la que se lleva a cabo fuera o dentro del útero. Pero su cita no es relevante porque, como queda dicho, el codificador no podía imaginarse el desarrollo de la fecundación extracorpórea para dar lugar a pensar que la omisión de la salvedad refleja el propósito de absorber ambas soluciones.

⁹ Introduce como reserva a la aprobación de la Convención sobre Derechos del Niño, que debe entenderse por tal a “*todo ser humano desde el momento de su concepción*”.

¹⁰ Dispone el pago de una asignación prenatal “*desde el momento de la concepción hasta el nacimiento del hijo*”.

¹¹ Garantiza a la madre y al niño con discapacidad, los controles, atención y prevención adecuados para su óptimo desarrollo físico-psíquico y social “*desde el momento de la concepción*”.

¹² Del 7 de diciembre de 1998, B.O. 10/12/1998.

¹³ Allí se dice que “*para nuestra Constitución y la Legislación Civil y Penal, la vida comienza en el momento de producirse la concepción*”, y que la fecha elegida coincide con la que la Cristiandad celebra la Anunciación a la Virgen María, que identifica la concepción del Niño Jesús.

¹⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 3-12-1999, “Rabinovich, Ricardo D.”, LL 2001- C-824 y Corte Suprema de Justicia de la Nación (con una composición anterior), “Portal de Belén Asociación Civil sin fines de lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/Amparo, 5/3/2002, E.D. 197-13.

II- Derechos de las personas por nacer y la condición del nacimiento con vida

El C.C. menciona a las “personas por nacer” (aquellas que aún no nacidas, viven en el vientre de su madre) como sujetos actuales de derecho¹⁵ pero incapaces de hecho (art. 54 inc. 1) y, por tal razón, les asigna una representación legal y judicial necesaria a los fines de la adquisición y del ejercicio de las prerrogativas de las que son titulares (arts. 57 inc. 1, 59, 61, 264 bis, 274 y 380), además de conferirles la representación promiscua del Ministerio de Menores (arts. 59 y 493).

En el ámbito patrimonial, el concebido puede ser beneficiario de donaciones o herencias como heredero legítimo, testamentario o legatario (art. 64 C.C.) y de los derechos accesorios (v.g. alquileres), de cargos cumplidos por un donatario, de rentas vitalicias, seguros de vida u otras estipulaciones a favor de terceros (art. 504), del reconocimiento paterno (art. 248 C.C.) y es sujeto de la patria potestad (art. 264 C.C.); puede reclamar alimentos a los obligados aún pendiente el juicio de filiación (arg art. 367 C.C.), la filiación extramatrimonial contra quien considere que es su padre o su madre (art. 254 C.C.), la indemnización laboral o civil por ilícitos cometidos contra sus parientes obligados a prestarle alimentos, o el resarcimiento de los daños prenatales (arts. 1079, 1084 y 1109 C.C.) o puede promover el juicio sucesorio de su padre extramatrimonial¹⁶. También es consumidor expuesto a una relación de consumo (art.1 ley 24.240).

Ya en el terreno extrapatrimonial, le corresponden los derechos de familia (la patria potestad o la tutela) y los personalísimos que protegen las manifestaciones físicas¹⁷ tales como las atribuciones

¹⁵ Es decir que los habilita a adquirir derechos firmes, no derechos en expectativa condicionados al nacimiento con vida.

¹⁶ Cám. 1ª Civ., 21/7/1937, JA. 59-144.

¹⁷ Seguimos a Julio C. Rivera en cuanto a la clasificación y fundamento de los derechos personalísimos (*Instituciones de Derecho Civil Parte General*, Tomo II, 4ta edición actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 2007, p. 23).

sobre su vida, su integridad física y sus restos mortales, las cuales encuentran fundamento en el reconocimiento de su dignidad como ser humano individual.

Conforme el art. 70 C.C., los derechos de las personas durante su gestación quedan irrevocablemente adquiridos si “*nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre*”; es decir que si nacieran sin vida, opera una condición resolutoria¹⁸ de fuente legal respecto de la adquisición de sus derechos. La idea viene reafirmada por el art. 74 C.C., según el cual la existencia de las personas está subordinada al hecho de que nazcan con vida, pues si muriesen antes de estar completamente separadas del seno materno, serán consideradas “*como si no hubieran existido*”. Incluso respecto a la incapacidad para suceder, determina el art. 3290 C.C. que el que naciere muerto estando concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, no puede sucederle.

La doctrina clásica consideraba lógica esta solución pues si la personalidad del concebido se sustenta en la existencia de un sujeto titular de los derechos que la ley lo habilita a adquirir, su muerte antes del nacimiento esfuma esos derechos de modo tal que no pueden transmitirse por vía sucesoria.¹⁹

Pero teniendo en cuenta que a partir de la concepción hay persona y que esta atribución de personalidad habilita al concebido a ser titular de derechos, entre ellos a la protección jurídica, en el caso de que la persona por nacer muriera en el vientre materno, todos los derechos adquiridos

¹⁸ Existe una “condición resolutoria” cuando las partes subordinan a un hecho incierto y futuro la resolución de un derecho adquirido (art. 553 C.C.).

¹⁹ Por citar un ejemplo, afirmaba al respecto Guillermo Borda que “*la personalidad se reconoce a los efectos de la protección jurídica y de la adquisición de ciertos derechos; fallecido antes de nacer, (el reconocimiento) carece ya de objeto*” (BORDA, Guillermo A., Manual de Derecho Civil – Parte General, 21ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2004, p. 135).

deberían quedar extinguidos, pues el fin de la existencia de la persona se retrotrae al momento de la concepción. Se verá que no es así.

III- El nacimiento sin vida y la retroactividad

Han transcurrido varios años desde que la Comisión nro. 1 --dedicada al tratamiento del tema “Comienzo de la Existencia de la Persona Humana”-- de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Rosario en el año 2003 concluyera por abrumadora mayoría que *“la condición resolutoria legal consagrada por el artículo 74 del Código Civil para el caso de nacimiento sin vida de la persona natural debe interpretarse limitada sólo a la capacidad de derecho en su faz patrimonial que ella adquiriera durante su etapa de gestación, excluyéndose todo lo vinculado a los derechos extrapatrimoniales”*²⁰. Sin embargo, el anteproyecto de Código Civil y Comercial del año 2012 prescindió de la recomendación y mantuvo la propuesta (e incluso las expresiones) del art. 74 del Código Civil²¹, como también lo había hecho el Proyecto de 1998.

La realidad contradice la solución del legislador y aleja la posibilidad de una interpretación literal del texto del art. 74 C.C. en cuanto a que luego de su muerte, las personas por nacer serán considerados *“como si no hubieran existido”*, pues quedan huellas de ese paso por la vida que no pueden ser borradas sólo por hacer de cuenta que no fue así.

III-1 Vigencia de los derechos extrapatrimoniales del concebido luego de su muerte

²⁰ Agregado del Dr. Saux, con la adhesión de Peyrano, Barbieri, Herrera, Arias de Ronchietto, González del Cerro, Sambrizzi, Vives, Rodil, Mendez Sierra, Cossari, Lafferriere, Cartaso, Leal, Cobas, San Martín, Azvalinsky, Medina, Peyrano, Fernández de Vigay, Arribere, Molina Quiroga, González, C.; En disidencia: Dr. Arribere.

²¹ El único cambio pasa por la mención del “implantado”, pues según su art. 19, “en el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”. Si bien el tema no es materia de este trabajo, objetamos la solución.

De atenernos a la literalidad de la solución legal que tiene por extinguida retroactivamente la personalidad del nacido sin vida, no podría subsistir ninguno de sus derechos luego de su muerte. Sin embargo, nadie discute que la retroactividad no alcanza algunos derechos extrapatrimoniales²² como los personalísimos a la vida²³ o a la integridad física, que se extinguen con el fin de la persona²⁴.

Incluso subsiste con la muerte del concebido la legitimación de sus representantes para ejercer el derecho personalísimo de aquél en cuanto a disponer de su cadáver. Los restos de la persona por nacer no son *cosas* con valor comercial en los términos del art. 2311 C.C. ni *desechos clínicos* de los mencionados en el inciso Y1 del Anexo I de la ley 24.051 de Residuos Peligrosos, y prueba de ello es que no reciben el trato de meros residuos, sino el de cadáveres de seres humanos. Es así que la ley nacional 26.413 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas²⁵ regula la expedición del certificado médico de defunción (art. 62) y la posterior inscripción de la defunción fetal en el libro de defunciones (art. 40), requisito esencial para obtener la licencia de inhumación o cremación que permite autorizar la sepultura o cremación (arts. 67 y 68).

Por su parte, la ley bonaerense 14.078, del Registro de las Personas, prescribe que la inscripción de la defunción fetal sucederá *“en el caso que el fallecimiento del feto ocurra con anterioridad a la expulsión completa o extracción del cuerpo de la madre, cualquiera que haya sido la duración del*

²² Decimos “algunos” porque se extinguen tanto la patria potestad (art. 306 C.C.) como la tutela (art. 455 C.C.).

²³ De otro modo no sería lógico castigar el aborto.

²⁴ Hecho que corrobora la existencia de un sujeto de derecho desde la concepción, aun cuando naciera sin vida y que nos permite disentir con Santos CIFUENTES (“El *nasciturus*. Las personas por nacer”, ED 15-956) en cuanto a que el nacimiento sin vida es una condición resolutoria que sólo se aplica a los derechos que había adquirido el concebido o a las relaciones jurídicas en que era parte pero deja subsistente la calidad de persona, pues el principal rasgo que caracteriza a la persona es la aptitud de adquirir derechos.

²⁵ Sancionada el 10 de septiembre de 2008 y promulgada de hecho el 1 de octubre de 2008. En su art. 1 prescribe que todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas, deberán inscribirse en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

embarazo”, recaudo cuyo cumplimiento habilita a solicitar al Registro Civil la licencia de inhumación (arts. 49, 50, 51, 95 y 96)²⁶ con el fin de lograr su posterior sepultura.

Si bien la normativa vigente rechaza la posibilidad de registrar un nombre del nacido sin vida, e incluso la referida ley provincial 14.078 aclara en su art. 51 que “*en la inscripción de una defunción fetal, se consignará como nombre ‘N’*” (aspecto sobre el cual disentimos), nada impide la elección de un nombre por parte de sus padres con la finalidad de enfrentar el duelo y exteriorizar el vínculo familiar, el cual podría ser utilizado en la inhumación de la persona por nacer.

III-2 Las consecuencias patrimoniales de la muerte de la persona por nacer

Pero además, y esto es lo relevante, a pesar de su muerte antes de nacer, distintos derechos patrimoniales del concebido subsisten y otros transmiten consecuencias o efectos patrimoniales que benefician a sus parientes.

Entre los primeros encontramos los alimentos percibidos que no deben restituirse si el beneficiario muere antes del alumbramiento (arg. art. 376 C.C.) y las acciones resarcitorias del concebido, que se transmiten a sus herederos también si aquel luego fallece antes de nacer²⁷.

Como ejemplos de los segundos se mencionan: el cobro de la Asignación Familiar por nacimiento o adopción en caso de “Nacimiento sin vida” con una gestación igual o superior a 180 días²⁸; el reclamo de la indemnización concedida por la ley 24.411 a las víctimas del terrorismo de

²⁶ La Municipalidad de 9 de Julio de la provincia de San Juan ha destinado unas parcelas del cementerio El Palmar para niños no nacidos, con el fin de que reciban sepultura los fetos de los abortos espontáneos o terapéuticos. Fuente: <http://www.aciprensa.com/noticias/argentina-bendicen-cementerio-para-ninos-no-nacidos/#.UfXv4KzfPDc>

²⁷ TOBIÁS, José W., “El Derecho a la vida de la persona por nacer”, LA LEY 16/10/2007, 16/10/2007, 1 - LA LEY 2007-F, 797 - LLP 2008 (abril), 01/01/2008, 283.

²⁸ Que consiste en el pago de una suma de dinero que abona ANSES en forma directa a uno solo de los padres/adoptantes que sea trabajador en relación de dependencia (que goce de una antigüedad mínima y continuada en el

Estado de los años 70²⁹; el reclamo del resarcimiento no sólo por daño moral, sino también por daño material como frustración de la "chance" de ayuda futura que podría representar para sus padres³⁰; o el daño moral por no haber podido los progenitores dar sepultura al feto abortivo³¹. Incluso la seguridad jurídica exige la subsistencia de créditos de terceros (no parientes) vinculados a la administración de los bienes del concebido o a los procesos judiciales que se iniciaron en su representación (tales como los honorarios devengados).

Sin detenernos en las motivaciones que llevaron al codificador a reputar que nunca existió la persona por nacer que muere antes de hallarse totalmente separada de la madre³², somos de la idea que no está mal recurrir a ficciones jurídicas para solucionar conflictos normativos. El problema surge cuando las propias ficciones generan incompatibilidades, como la que se presenta con los

empleo de seis meses) o al beneficiario de una Aseguradora de Riesgos del Trabajo por el nacimiento de un hijo o por la adopción de un menor. Se requiere acompañar el Acta de Defunción y presentar la solicitud dentro de los dos años de la fecha de ocurrido el hecho generador. Fuente: <http://www.anses.gov.ar/trabajadores/asignaciones-familiares-trabajadores-40>.

²⁹ A pesar que un agregado a esa ley dispone que las indemnizaciones son bienes propios de los desaparecidos o fallecidos, extremo que impide su transmisión a los causahabientes por imperio del art. 74 C.C., la Corte Suprema de Justicia de la Nación (22/5/2007, "Sánchez, Elvira B. c. Ministro de Justicia y Derechos Humanos", LA LEY, 2007/09/27) concedió la indemnización a la abuela del nonato con fundamento en que la indemnización por muerte nunca corresponde al fallecido, sino a los legitimados a reclamarla.

³⁰ CNCiv., sala F, 04/04/1995, LA LEY1997-B, 202, CNCiv., sala J, 20/09/2004, LA LEY, 26/01/05; CNCiv., sala G, 2/03/2007, La Ley On Line AR/JUR3373/2007, entre otros.

³¹ Si bien recientemente se dispuso el rechazo de un reclamo similar luego de la remisión de los restos a anatomía patológica y su posterior incineración, ello fue así debido a que "los reclamantes no acreditaron que, no obstante sus requerimientos, el sanatorio demandado se negó a entregarle el cuerpo de su hijo o que dispuso de los restos contra su voluntad" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 15/10/2008, "Morales, Teresa y otro c. Obra Social para la Actividad Hotelera y Gastronómica y otros", La Ley Online, AR/JUR/11537/2008). Las circunstancias reseñadas hicieron inaplicable el criterio que inspiró a la misma Sala en los autos "R.A.R. c./A.M.A.S.A." (24/3/80, LA LEY, 1981-B, 62, con nota de Borda, ¿El cadáver de una criatura nacida muerta, es jurídicamente una cosa?). En dicho precedente se acogió la demanda resarcitoria de los padres, porque se tuvo en consideración fundamental la incertidumbre acerca de la real causa de la desaparición del bebé, es decir si realmente había fallecido antes de nacer, o si, por el contrario, el hijo nació vivo y se dispuso de él.

³² El art. 74 C.C. aparece tomado de Freitas y proviene de un texto del jurista Paulo en el Digesto (Dig., 1, 5, 7) según el cual "el que está en el útero" es protegido en sus derechos "como si estuviera entre las cosas humanas" para todo cuando le convenga, pero ese beneficio se establece nada más que en su favor pues a los terceros sólo les aprovecha si nace.

derechos de índole patrimonial que no extinguen sus efectos con la muerte de la persona por nacer a pesar de la solución normativa que en tal caso pregona la extinción retroactiva de la personalidad. Si el legislador concluye en la inexistencia de lo que existió, debe hacerse cargo de las consecuencias disvaliosas de su elección, y aceptar expresamente la subsistencia de no pocas relaciones jurídicas.

IV- Conclusiones (ponencia)

De lege lata:

La extinción retroactiva de la personalidad de quienes mueren antes de nacer (art. 74 C.C.), debe ser interpretada sólo como un principio general que admite excepciones en relación a distintos derechos y efectos patrimoniales y extrapatrimoniales que quedan irrevocablemente adquiridos por la persona por nacer o por sus parientes.

De lege ferenda:

Haya sido anterior o posterior al nacimiento, la muerte de una persona debería producir los mismos efectos extrapatrimoniales y patrimoniales, razón por la que se recomienda legislar en orden a permitir siempre la transferencia de los derechos susceptibles de ser transmitidos. Pero como esa no ha sido la idea que surge de las reformas proyectadas respecto del concebido que muere antes del alumbramiento, propiciamos la modificación del vigente art. 74 C.C. para que su texto refleje la subsistencia de los derechos personalísimos de la persona por nacer, la transmisión a sus herederos de los derechos patrimoniales que decida el legislador, y las restantes consecuencias económicas a favor de sus parientes o terceros, de los derechos que adquirió a lo largo de su frustrada gestación.