

LOS HIJOS QUE NUNCA EXISTIERON: UNA LEGISLACIÓN QUE NIEGA A LAS MUJERES QUE SUFREN LA PÉRDIDA DE SU EMBARAZO, LA EXISTENCIA DE SUS HIJOS Y SU CONDICIÓN DE MADRES

*Carol D. DIEZ*¹

Fecha de recepción: 19 de julio de 2017

Fecha de aprobación: 27 de septiembre de 2017

Resumen

Una investigación a nivel mundial concluyó que la muerte intrauterina y sus consecuencias han sido desatendidas en la mayoría de los Estados a pesar del fuerte impacto psicológico, económico y social que producen en las familias y la sociedad. Nuestro país no escapa a esta realidad: el sistema de salud no está preparado para acompañar a las mujeres que atraviesan esta tragedia y la legislación es indiferente a su dolor al negar la existencia de estos niños y no permitirles tener nombre ni sepultura, siendo desechados como residuos patológicos e incinerados junto con basura.

El presente ensayo analiza el status jurídico de la persona por nacer —vinculado a la problemática de la muerte intrauterina— con el objetivo de determinar si la condición resolutoria del nacimiento sin vida (art. 21 del Código Civil y Comercial de la Nación) se ajusta a los tratados internacionales y tiene un fundamento jurídico que justifique la minimización de esas muertes y el sufrimiento de esas mujeres por el Estado (violencia institucional).

¹ Abogada graduada con premio Diploma de Honor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA - Argentina). Correo electrónico de contacto: caroldaianadiez@gmail.com.

Palabras clave

Muerte fetal – violencia institucional contra la mujer – persona por nacer – derechos personalísimos – atributos de la personalidad – derechos patrimoniales

THE CHILDREN THAT NEVER EXISTED: THE LAW THAT DENIES THE WOMEN WHO SUFFER THE LOSS OF THEIR PREGNANCY, THE EXISTENCE OF THEIR CHILDREN AND THEIR CONDITION OF MOTHERS

Abstract

A worldwide investigation showed that intrauterine death and its consequences have been ignored in most countries despite the strong psychological, economic and social impact that this issue exerts on families and societies. Our country is no stranger to this situation: its health system is not prepared to support the women who undergo this tragedy, and our legal system remains indifferent to their pain by denying the existence of those children and preventing their mothers from naming and burying them, given that they are disposed of as pathological waste and incinerated together with trash.

This essay analyzes the legal status of unborn persons and the issue of intrauterine death with the purpose of establishing whether the condition subsequent of being born without signs of life complies with international treaties. The essay is also aimed at establishing if such condition, which denies the existence and eliminates the personality of children born without signs of life, is supported by a valid legal ground that justifies the attenuation made by the State of these deaths and the resulting pain suffered by their mothers (institutional violence).

Keywords

Stillbirths – structural violence against women – unborn child – personal rights – atributos de la personalidad – economic rights

I. La defunción fetal en el mundo: un tema tabú

Por cada año, 2,6 millones de padres en el mundo sufren la pérdida de sus hijos en gestación. La mitad de estas muertes ocurre durante el trabajo de parto y el nacimiento, tras

nueve meses de embarazo, mientras que la mayoría podría evitarse si se mejorara la calidad de atención médica y disminuyera la pobreza. En nuestro país la muerte intrauterina representa el 4,5% por cada mil nacimientos (es decir 5017 muertes por año y 14 por día, aproximadamente (IECS, 2016) registrando cifras similares a la de países del primer mundo (p. ej., Francia). Si se considera la cuestión a mayor escala, existen grandes diferencias entre los países latinoamericanos: el riesgo de sufrir una muerte intrauterina en Chile y Argentina es similar a la de los países desarrollados, mientras que Haití tiene los mismos niveles que los países de África (OMS, 2015).²

En lo que respecta a las secuelas que la muerte fetal genera en los padres las estadísticas concluyen que más de 4,2 millones de mujeres viven con síntomas de depresión los cuales se prolongan incluso años después de haberse producido el deceso del bebé. Estos números son el resultado de una investigación³ realizada en 186 países por la prestigiosa revista científica *The Lancet*, que se propuso estudiar la muerte fetal en embarazos de más de veintidós semanas (HEAZELL, A.E.P., (et.al),2016).

Para elaborar las estadísticas a nivel mundial se adoptó el parámetro utilizado por instituciones de prestigio internacional⁴ y sólo se incluyeron las ocurridas a partir de las 28 semanas y/o cuando el feto tiene un peso de 1000 gramos⁵. Sin embargo es importante aclarar que la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) (2016) no estipula límite mínimo de tiempo gestacional al definirla como (p. 178):

2 Según las estadísticas mientras Argentina y Chile arrojan un promedio de 4,6% y 3,1% muertes intrauterinas cada 1000 nacimientos, en Haití las cifras alcanzan el 24,9% resultando similares a la de países de África como Angola (27,35), Burundi (26,6) y República del Congo (27,3%).

3 De la investigación participaron profesionales de importantes instituciones como el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA); Save the Children; el Instituto Noruego de Salud Pública, el Instituto de Investigación Mater; la Escuela de Higiene y Medicina Tropical de Londres y las universidades de Queensland (Australia) y Manchester (Reino Unido), a los que se sumaron asesores de más de 30 instituciones de diferentes países.

4 La Organización Mundial de la Salud además de emplearlo a en sus estadísticas, en tanto le permite realizar una comparación a nivel internacional, recomienda su utilización a los países e instituciones.

5 Si bien los resultados aportados por la investigación se circunscribieron a las muertes ocurridas dentro de estos parámetros, es importante resaltar que para ella la muerte fetal intrauterina hace referencia a las ocurridas durante el embarazo después de la semana veintidós de gestación

[l]a muerte acaecida antes de la expulsión o extracción completa de la madre, del producto de la concepción, cualquiera haya sido la duración de la gestación. La muerte está indicada cuando el feto no respira o no da evidencia de la vida como ser la ausencia de latidos cardiacos, pulsación del cordón umbilical o movimiento musculares voluntarios.

Sin perjuicio que la investigación se circunscribió a las muertes intrauterinas ocurridas bajo un límite gestacional determinado, fue de gran importancia porque arrojó conclusiones novedosas (pero preocupantes) además de aportar claridad estadística. A pesar de que la muerte fetal genera un gran impacto psicológico, económico y social no sólo en las madres y sus familias sino también en la sociedad y profesionales de la salud, ha sido desatendida y en la actualidad sigue siendo un tema tabú que agrava el trauma que per se suscita la muerte de un hijo al no aceptarse ni legitimarse desde las instituciones estatales el duelo de estas familias. Así lo demuestran testimonios como el de Noelia Severo, quien recuerda el destrato que recibió cuando su hijo murió al entrar en la decimoséptima semana de gestación en una entrevista para el diario *La Nación* (CZUBAJ, 2016):

“[t]enía líquido amniótico reducido. Me enteré en una ecografía de control. El obstetra me mandó a hacer reposo durante 10 días. Cuando repetí el estudio en otro lugar, el técnico me adelantó que casi no tenía líquido amniótico. Cuando salí a llamar por teléfono a mi esposo para contarle, el técnico le dijo a mi mamá y mi hermana que me llevaran rápido a una guardia porque el bebe no iba a aguantar”, contó Noelia.

En la guardia del hospital demoraron 40 minutos en atenderla, aunque conocían el motivo de la consulta. Finalmente, una obstetra la hizo pasar a un consultorio. “Me pidió el informe de la ecografía y me dijo «Lo siento mucho» —recordó—. No entendía nada. La médica salió y volvió al rato con otra doctora, que me revisó y, para mi sorpresa, me indicó reposo en casa por dos días y repetir la ecografía en otro lugar. Salí del consultorio y no sabía qué hacer”.

Entonces su esposo, su madre y su hermana la llevaron a otro hospital cercano en la zona oeste de la provincia. Durante una nueva ecografía, ya a las 22, el técnico le informó que el corazón del

bebe se había detenido entre ambas ecografías. De vuelta en la guardia, la médica indicó su internación para inducir el parto. Cuando le preguntó a un médico de guardia en el piso qué iba a pasar con el bebe, le respondió: "Es muy chiquito para hacerle una autopsia. Aparte, es algo que pasa seguido. No vale la pena", recordó ella.

A la mañana siguiente, en el baño comenzó con pérdidas. La asistieron una enfermera y una médica residente, de la que no se puede olvidar por su impericia para sostener al bebe y la placenta. Cuando la llevaron al quirófano, una enfermera le preguntó el nombre y el apellido. Enseguida informó al resto de sus colegas: "Tengo material de Severo. ¿Querés que te lo traiga o te traigo otro tacho?". Se trataba de un balde con una etiqueta que tenía el apellido materno. "Me largué a llorar mirando el techo y me anestesiaron. Cuando me desperté, estaba en una camilla con oxígeno en la misma habitación de las mamás que acababan de tener a sus bebés", contó.

Noelia y su esposo recién pudieron obtener los resultados anatomopatológicos de Ciro a los cuatro meses, después de varias idas y vueltas con cientos de excusas. "Cuando me los dieron, pregunté por el cuerpo y me respondieron «No, ya es un residuo patológico». Hoy, no tengo un espacio para llevarle una flor y así le pasa a mucha gente. Hay algunos que desean olvidar, pero otros no."

Al respecto, José Belizán —médico obstetra e investigador del Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria (IECS)—⁶ sostuvo que "[e]l personal de salud no está formado para interactuar con las familias en duelo, estas tampoco tienen apoyo institucional, colectivo. Ahí está el mayor problema" (BLASCO, 2016). Por su parte, Jessica Huidiza —

6 El Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria (IECS), institución académica independiente afiliada a la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires dedicada a la investigación, educación y cooperación técnica en salud, fue una de los treinta organizaciones asesoras que colaboró con la revista *The Lancet*

consultora psicológica, especialista en duelo perinatal, fundadora de la Fundación Era en Abril—⁷ destaca que (TÉLAM, 2016):

[e]s importante hacer bien el duelo. Si se lo niega de entrada, si las madres no ven a sus bebés, si no los llaman por su nombre, si no los tocan, alzan y se despiden de ellos, no pueden empezar a hacerlo, y los duelos que no se hacen bien, corren el riesgo de convertirse en patológicos, con síntomas depresivos y de ansiedad.

La investigación y los diversos testimonios⁸ demuestran que la muerte fetal es un tema de tratamiento pendiente respecto del que resulta primordial hacer hincapié no solo porque la mayoría de estas muertes son previsible y prevenible (si se mejora la atención médica), sino porque el apoyo y la legitimación del dolor por las instituciones estatales ayudaría a las madres y padres a superar el trauma y sufrimiento que les genera perder a sus hijos.

Si bien en nuestro país se avanzó considerablemente en lo que respecta a su prevención (y es uno de los veinte países que logró disminuir las muertes intrauterinas en el mundo en los últimos quince años), aún continúa desentendiéndose del dolor que padecen las familias de aquellos bebés cuyas muertes no pudieron evitarse. Esto se debe tanto a la falta de preparación de los establecimientos de salud (que no cuentan con un protocolo médico que les indique como actuar y contener a las mujeres que atraviesan por esto) y a la legislación en materia civil (que, como veremos, le niega a esos niños la calidad de personas y el derecho a un nombre). Todo ello revela la minimización que hace el Estado de esta problemática.

II. El *status* jurídico de la persona que muere antes de nacer

Para nuestra legislación, los niños fallecidos dentro del seno materno no existieron y, en consecuencia, no gozaron del *status* jurídico de persona. La negación de que ese hijo

⁷ La FUNDACIÓN ERA EN ABRIL se dedica a brindar apoyo a los padres de bebés fallecidos en el seno materno y, junto con el IECS, colaboró con la investigación de la revista *The Lancet*.

⁸ Se pueden conocer otros testimonios en la FanPage de la FUNDACIÓN ERA EN ABRIL [@FundEraenAbril].

existió —que no hace más que constituirse en violencia institucional hacia las mujeres que ven morir a sus hijos antes de nacer— era sostenida en el antiguo Código Civil ("CCN") y, desgraciadamente, no fue modificada con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ("CCCN").

Así, el actual artículo 19 del CCCN receipta el antiguo artículo 70⁹ del CCN, al señalar a la concepción como el momento inicial a partir del cual comienza la existencia de la persona humana. Igualmente sucede con el artículo 21 del CCCN que, al rezar "[l]os 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 vida¹⁰ se presume", conserva el régimen de los anteriores artículos 74 y 75 del CCN.¹¹

La redacción de esta última disposición es la que resulta a mi juicio inadecuada en tanto no hizo más que acoger la doctrina jurídica predominante en la época de la sanción del CCCN (SALVAT, 1947; LLAMBÍAS, 1997; RIVERA, 2010), según la cual el anterior artículo 74 supeditaba la existencia de la persona por nacer y la adquisición de sus derechos al nacimiento con vida al afirmar que "serán considerados como si no hubiesen existido". Esta tesis fue el resultado de una interpretación de la norma de forma aislada y ceñida a lo que expresa literalmente, lo que no hizo más que alejarse del verdadero espíritu del codificador. Vélez —quien para la época era un precursor del respeto que merece el ser humano desde su concepción— estipuló el nacimiento como constitutivo de derechos irrevocablemente

9 El artículo 70 del CCN rezaba "[d]esde la concepción en el seno materno comienzan la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirido algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieran con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre".

10 Se entiende que el nacimiento con vida acontece cuando el concebido es separado de la persona que dio a luz.

11 El artículo 74 del CCN expresaba "[s]i muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido"; y el artículo 75, "[e]n caso de duda de si hubieran nacido o no con vida, se presume que nacieron vivos, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario".

adquiridos al sólo efecto de evitar el fraude a la ley y dar certeza a las relaciones,¹² pero nunca pretendió supeditar la existencia del *nasciturus* al nacimiento con vida.

Por su parte, nuestra actual legislación civil —al aceptar la tesis de la condición resolutoria del alumbramiento sin vida— somete la existencia del por nacer a un hecho futuro e incierto (la muerte) que, de ocurrir, aniquila la personalidad, ocasiona la pérdida de sus derechos, y causa consecuencias ilógicas y desprovistas de humanidad. Todas éstas se traducen en violencia institucional como, por ejemplo, la que se suscita cuando el Estado prohíbe a las madres y padres de los 4017 niños que mueren anualmente su inscripción con el nombre que eligieron para ellos o disponer de sus cuerpos a fin de sepultarlos conforme sus creencias¹³. Así, nuestro legislador es indiferente al dolor de las madres que ven morir a sus hijos antes de nacer: no solo les niega la calidad de personas, sino que además se desentiende de su destino, en tanto tampoco existe ley que asegure la identidad de los mortinatos sin inmiscuirse en la regulación de la personalidad que hace el CCCN.

Sin perjuicio de estar en desacuerdo con el tratamiento que se hace del tema — puesto que, a criterio personal, no asegura el respeto que se merece todo ser humano desde su concepción—, el primer interrogante que surge y que procuro responder en el siguiente apartado es si el artículo 21 del CCCN se ajusta a las normas internacionales con jerarquía constitucional.

III. El tratamiento de la persona humana en los tratados internacionales con jerarquía constitucional: ¿es el artículo 21 del Código Civil y Comercial de la Nación consonante con estos instrumentos?

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “persona es todo ser humano” (art. 1.) y reconoce que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida.

¹² Con el artículo 74 del CCN, el codificador buscó evitar cualquier tipo de abuso en los supuestos de simulación de embarazos. Recordemos que, al momento de la redacción del CCN, no existían las ecografías ni otros adelantos tecnológicos que permitieran probar el embarazo.

¹³ Los artículos 67 y 68 de la Ley 26.413 estipulan que la expedición de la licencia de inhumación o cremación —necesaria a fin de que el encargado del cementerio o crematorio la autorice— sólo se labrará para los supuestos en los cuales se cuenta con acta de defunción, omitiendo incluir el acta de defunciones fetales. Consecuentemente los bebés fallecidos en el seno materno no pueden ser enterrados o inhumados.

Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción" (art. 4). Esto es consistente con la Convención sobre los Derechos del Niño, especialmente según la declaración interpretativa formulada por la República Argentina respecto de su artículo 1°, que extiende la defensa de todos los derechos consagrados al niño por nacer en nuestro país desde su concepción hasta los dieciocho años de edad. Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) establece que "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica" (art. 6); y el artículos 17 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1996) tienen textos similares.

Estas disposiciones conducen inexorablemente a concluir que los instrumentos internacionales reconocen la existencia de la persona humana desde su concepción y que la personalidad es una cualidad propia por el solo hecho de ser tal (lo cual se cumple desde su origen), debiendo el legislador limitarse a reconocerla. Consecuentemente, el cuerpo legal que regule el comienzo de la existencia de la persona humana y su personalidad debe ajustarse a dichos tratados internacionales, de conformidad con el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional según la reforma de 1994, por la cual adquirieron jerarquía constitucional.

Si bien es conteste con dichos instrumentos al señalar a la concepción como el inicio de la persona, nuestro CCCN no termina de adecuarse a los tratados internacionales de derechos humanos mencionados, dado que supeditan la existencia y personalidad de la persona por nacer al nacimiento con vida. Esto atribuye a la personalidad el carácter de instrumento técnico del que se vale el legislador a su discreción cuando no debería ser más que una cualidad propia de todo ser humano por el simple hecho de ser tal. Así, el artículo 21 del CCCN desconoce que la persona es un concepto anterior a la ley y, como tal, no debe estar condicionada por que está más allá de toda condición.

Como expondré en el punto siguiente, lo único que hace el nacimiento con vida es permitir la conservación determinados derechos que se tienen desde la concepción y se verían extinguidos de producirse la muerte antes del parto.

IV. Postura alternativa

Contrariamente a lo establecido por el artículo 21 del CCCN, considero que la personalidad se tiene desde la concepción y se pierde cuando la persona muere, sin importar si ello sucede dentro o fuera del seno materno. La condición resolutoria sólo debe regir respecto de los derechos patrimoniales (que se extinguen retroactivamente, de no ocurrir el nacimiento con vida), pero no deben correr la misma suerte los derechos extrapatrimoniales (que, en principio y salvo supuestos excepciones, no pueden supeditarse a ningún tipo de condicionamiento dada la dignidad humana de la que goza toda persona desde su concepción).¹⁴ Un claro ejemplo de ello se vislumbra con el derecho a la vida (CIFUENTES, 1996: 961-2),

[e]res persona porque tienes vida y te doy derechos; los ejerces por representación y te protejo a ti y a tus derechos, física y jurídicamente, por medio el poder judicial, pero si naces muerto, es como si nunca hubieras adquirido tales bienes y derechos patrimoniales, sin dejar, por ello de haber sido persona; porque protegí tu vida, la consideré personalmente tuya sin confundirla con la de tu madre; individualmente tuya. Eres hasta que dejes de ser.

De esta forma se asegura el respeto que merece la persona desde su concepción, sin herir los sentimientos, ni entrar en contradicción con otras normas del ordenamiento jurídico nacional o internacional (en especial, con el concepto de dignidad humana consagrado en varios de los tratados internacionales de derechos humanos enumerados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional). Asimismo, el reconocimiento de la calidad de persona ayudaría a que la sociedad comience a respetar y considerar a la muerte intrauterina como a cualquier otro tipo de muerte, lo que a largo plazo permitirá reducir el estigma y el tabú existentes en la actualidad en torno a ella.

¹⁴ El Código Civil Peruano de 1948 ya efectuaba esta distinción entre los derechos patrimoniales y los extrapatrimoniales al expresar que “la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo” (art. 1).

V. Los atributos de la personalidad de la persona que muere antes de nacer

Los atributos inherentes a la persona humana son "calidades dependientes e inseparables del ente personal, de manera que no pueden existir sino en él y éste no puede ser sin revestir esas propiedades" (LLAMBIAS, 2007:281), y la determinan como tal desde el principio y hasta el fin de su existencia según un enfoque estrictamente jurídico.

Según el artículo 21 del CCCN (legislación actual), los bebés fallecidos en el seno materno nunca contaron con estas calidades propias de todo ser humano, pues la personalidad del por nacer se extingue retroactivamente de cumplirse la condición resolutoria del nacimiento sin vida. Por el contrario, aquí se plantea una postula alternativa: el "no nacido" muerto existió como persona jurídica y como tal adquirió los atributos de la personalidad, gozó de ellos hasta el instante en que se produjo su muerte, y es irrelevante si esto ocurrió antes o después de haber sido separado del seno materno. A continuación, realizare realizaré una breve caracterización de cada uno de los atributos a la luz de esta tesis:

A) Nombre

Según LLAMBIAS (2007), el nombre "[e]s la designación exclusiva que corresponde a cada persona" (p. 282); y tiene la finalidad de identificar a la persona dentro de su familia y frente a la sociedad.

Dado que el CCCN establece que si la persona nace sin vida se considera que nunca existió, el Certificado de Defunción Fetal se realiza sin nombre ni filiación en nuestro país, consignando en su lugar "N.N.". Asimismo, sólo los bebés fallecidos en el seno materno que cumplen determinados parámetros (tener entre 20 y 22 semanas de gestación o 500 gr. al momento de la defunción) son inscriptos en el Registro de Defunción, mientras que las muertes que se producen antes del límite mínimo de tiempo gestacional ni siquiera son registradas.¹⁵

¹⁵ Así, la ley 14.078 de la provincia de Buenos Aires —que regula la actividad de su Registro de las Personas— establece que la inscripción de una defunción fetal se consignará como nombre "N" (art. 50) y que, de producirse antes de las 20 semanas de gestación, la inscripción de la defunción será

Al respecto, existe un proyecto de “Ley de Identidad para Bebés Fallecidos en el Vientre Materno” —modificatorio de la ley 26.413—, que tiene entre sus puntos principales el reconocimiento del nombre en el acta de defunción a fin de garantizar su identidad y dar respuesta a las mujeres cuyos hijos fallecieron antes de dar a luz. Sin embargo, esto no sería necesario si se modificara el artículo 21 del CCCN, ya que estos niños gozarían del *status* jurídico de “persona” hasta su muerte si su personalidad no estuviera supeditada a condicionamiento alguno, y los registros deberían labrar el acta de defunción fetal consignando el nombre correspondiente. Todo ello pues ninguna persona puede ser privada de aquél en un Estado de Derecho (como el nuestro) por la simple razón de ser uno de los atributos que lo determina como tal.

B) Capacidad

La capacidad es la aptitud jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones. Si bien no puede negarse que la persona que murió antes de nacer tuvo capacidad jurídica, las obligaciones y derechos de naturaleza estrictamente patrimoniales que adquirió a partir de su concepción se habrán extinguido retroactivamente como consecuencia del nacimiento sin vida.

C) Patrimonio

El patrimonio es una manifestación de la capacidad de derecho, ya que es la que permite a la persona ser titular de derechos y obligaciones, en este caso, de contenido patrimonial.

El bebé que fallece en el vientre materno —como persona jurídica que fue— gozó de este atributo desde su concepción hasta el instante en que se produjo su muerte. Sin embargo, los bienes que integraban tal patrimonio se consideran extinguidos

voluntaria para los padres, siendo obligatorio de producirse con posterioridad a dicho parámetro (art. 51). Por su parte, la Disposición N° 40/2000 de la Dirección General del Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires establece que “se labrará acta de defunción cuando la expulsión del seno materno se produjera sin vida y hubieran transcurrido más de 180 días desde la concepción” (art. 195), y que “se expedirá licencia de inhumación sin labrar acta si la edad gestacional fuera menor” (art. 196).

retroactivamente en función de la naturaleza patrimonial que detentan y no son susceptibles de transmisión a sus sucesores, ya que no puede transmitirse lo que nunca se tuvo.¹⁶

D) Domicilio

El domicilio "[e]s el asiento de la persona" (LLAMBIAS, 2007: 545). Por éste referimos al domicilio general, que tiene por objeto la ubicación física de la persona a fin de hacer posible el cumplimiento del orden jurídico (es decir, de sus derechos y obligaciones). El domicilio general puede ser real o legal, según su existencia esté subordinada a la mera voluntad de las personas o a la exclusiva determinación de la ley. Los por nacer no tienen domicilio real atento que están anidados en el interior del seno materno y carecen de voluntad propia; mientras que sí tienen domicilio legal hasta su fallecimiento, sin importar si se produce dentro o fuera del seno materno.¹⁷

E) Estado civil

El estado civil es el conjunto de calidades extrapatrimoniales determinantes de una situación individual y familiar (LLAMBIAS, 2007:326), y tiene íntima relación con el nombre, en tanto éste indica el estado de familia de la persona. Así, en nuestro país los hijos usan el apellido del padre y de la madre.

Al respecto, no puede negársele al niño fallecido antes de nacer su condición de hijo dentro de su familia. Ahora bien, el estado de familia que tuvo no habilita a sus herederos a ejercer las acciones de estado, principalmente si se tienen presente la derivación patrimonial que su ejercicio pueda representar. Tampoco le correspondería el

¹⁶ Por el contrario, si el niño nace vivo los bienes que comprendían su patrimonio, se transmiten a sus sucesores, quiénes lo incorporan al suyo aunque su fallecimiento se produzca inmediatamente después de haber sido dado a luz.

¹⁷ La única diferencia que suscita entre la adopción o no de la condición resolutoria del nacimiento sin vida es que, para la tesis que adscribe a ella, las personas fallecidas en el seno materno nunca tuvieron domicilio por la simple razón que nunca fueron personas. Más allá de esto, la adopción de una u otra postura no genera en este atributo efectos jurídicos radicales.

reconocimiento de su vocación hereditaria y los derechos hereditarios emanados de ella en razón de su carácter patrimonial.

VI. Los derechos personalísimos

El estudio del régimen jurídico de la persona por nacer requiere necesariamente analizar los derechos personalísimos, atento a la incidencia que tiene sobre éstos. Previo a ello es importante mencionar que existe una discusión doctrinara en torno a si los derechos personalísimos son o no verdaderos derechos subjetivos.

Para un primer sector, los derechos personalísimos no presentan características de derechos subjetivos, sino que son presupuestos jurídicos de la personalidad. Por ende, no constituyen derechos de la persona (como si fueran algo separado y distinto de ella, algo que la persona tiene y que podría no tener) sino que son la persona en sí misma.

Una segunda posición (mayoritaria) entiende, en cambio, que son verdaderos derechos subjetivos, en tanto gozan de la estructura propia de éstos, En otras palabras, tienen (a) un elemento subjetivo (el hombre); (b) un elemento objetivo (las manifestaciones determinadas en los hechos reales de la persona que la sociedad reconoce y el derecho protege); y (c) un contenido que le es propio, compuesto por facultades que permiten al titular del derecho ejercerlo, disfrutar y gozar del bien inmaterial protegido y exigir el cese de los actos que lo lesionen o perturben. Por mi parte, adhiero a esta posición, que los define como “los derechos innatos del hombre cuya privación importaría el aniquilamiento o desmedro de su personalidad, tales como el derecho a la vida, a la salud, a la libertad, al honor, etc.” (LLAMBIAS, 2007:253).

Hecha esta aclaración, corresponde dilucidar qué sucede con estos derechos a la luz de la condición resolutoria establecida por el artículo 21 del CCCN. El interrogante no requiere mayor análisis: estos derechos nacen y se extinguen con la persona. Consiguientemente, el *nasciturus* que falleciere en el seno materno no gozaría de estas prerrogativas, por la simple razón que se considera que la persona nunca existió. De esta forma, el art. 21 del CCCN no sólo es contrario al ordenamiento jurídico internacional — dado que nuestro país se comprometió convencionalmente a proteger los derechos humanos (entre ellos, los derechos personalísimos)—, sino que además establece una regla diametralmente opuesta a otras del ordenamiento jurídico nacional que reconocen tales derechos a la persona por nacer, independientemente de que el fallecimiento se produzca

fuera o dentro de seno materno (el ejemplo más claro es el derecho a la vida, tal como se verá en el acápite siguiente). Así, con la tesis alternativa, además de garantizar la dignidad humana (al no sujetar estos derechos innatos al hombre a ninguna condición, de conformidad con el respecto que merece todo individuo desde su concepción por el solo hecho de ser humano), se sanean las contradicciones normativas existentes.

VII.El derecho a la vida a la luz de la condición resolutoria y su tratamiento en el ordenamiento jurídico nacional

La condición resolutoria del artículo 21 del CCCN conduce al absurdo de considerar que el derecho a la vida, indiscutido para cualquier sujeto de derecho, se tornaría abstracto en los casos en que el *nasciturus* naciera muerto con motivo de un atentado contra su vida. En estos supuestos no habría derecho a la vida que salvaguardar porque no habría sujeto titular de ese derecho. Sin embargo, el Código Penal de la Nación lo tutela al enumerar las distintas figuras del delito de aborto en sus artículos 85 a 88. En otras palabras, el tratamiento disímil que le dan dos cuerpos legales a un mismo derecho coloca al ordenamiento jurídico una clara antinomia que quedaría saneada con la tesis alternativa.

VIII. El reconocimiento de la identidad de los bebés fallecidos en el vientre materno: una alternativa a la negativa del reconocimiento de su personalidad

Desde la fundación Era en abril, junto con la diputada María Emilia Soria, se impulsa el "Proyecto de Ley de Identidad para Bebés Fallecidos en el Vientre Materno" — modificadorio de la ley 26.413—, que propone la creación de un Registro Especial de Bebés fallecidos en el vientre, en la órbita del funcionamiento del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Este proyecto contempla tres apartados (BIANCONI, 2016):

- 1) El reconocimiento con nombre y apellido de los bebés que fallecen en el vientre materno, siendo esto facultativo y a solicitud de los progenitores que así lo deseen;
- 2) El registro de todas las muertes intrauterinas con fines estadístico para la implementación de políticas de salud de prevengan las muertes evitables;
- 3) La entrega del cuerpo a los padres para fines póstumos, sin distinciones arbitrarias de peso y edad gestacional, siempre que así lo requieran.

De esta manera, no se intenta el reconocimiento de la personalidad de los bebés fallecidos en el seno materno (tema regulado por el CCCN), sino simplemente el de su identidad a fin de garantizar a las madres y familiares de estos niños duelo respetado.

El pasado 14 de junio se trató el proyecto de ley en la Comisión de Salud del Congreso de la Nación. Lamentablemente no hubo acuerdo entre los asesores, ya que algunos proponían que se apruebe solo para aquellas muertes acaecidas a partir de las veinte semanas de gestación. Esto es rechazado por los impulsores del proyecto, que entienden que todas son madres en duelo sin importar el período de gestación y, como tal, sus hijos merecen ser respetados, reconocidos y registrados (FUNDACION ERA EN ABRIL, 2017).

IX. El reconocimiento de la identidad en otros países

En países como Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte, la legislación establece la inscripción de los nacimientos sin vida, pero circunscripta a aquellas muertes intrauterinas ocurridas después de las veinticuatro semanas de embarazo (Sec. 41, *Births And Deaths Registration Act* de 1953; Sec. 56(1), *Registration of Births, Deaths and Marriages Act* de 1965; *Births and Deaths Registration Order* de 1976). En Gales e Inglaterra, la *Births and Deaths Registration Act* de 1953 describe al mortinato como aquel niño expulsado del útero de su madre después de las veinticuatro semanas¹⁸ de embarazo que no haya respirado en ningún momento ni muestre cualquier otro signo de vida (sec. 41). Definiciones similares se aplican en Escocia e Irlanda del Norte (Sec. 56(1), *Registration of Births, Deaths and Marriages Act* de 1965; *Births and Deaths Registration Order* de 1976). Estas legislaciones no sólo autorizan a los padres a realizar la inscripción (para lo cual es necesario contar con un certificado expedido por el médico o partera presente durante la muerte), sino que además permiten efectuarla a otras personas en los supuestos en que aquéllos no pudieran realizarla. De esta forma están también habilitados los parientes de la madre o el padre (abuelos, tíos, etc.), aquél que esté encargado del niño o cualquier persona que haya estado presente en la muerte.

Si bien estos países están más avanzados al permitir que un segmento de niños fallecidos dentro del seno materno pueda tener un nombre y apellido, todavía no les aseguran

¹⁸ *Stillbirth Definition Act* de 1992 reemplazó la palabra “veintiocho semanas” por “veinticuatro semanas”.

el derecho a la identidad a aquellos que fallecen con anterioridad a las veinticuatro semanas. En este sentido, se presentó un proyecto de ley ante el Parlamento del Reino Unido en enero de 2014 para permitir se inscriban todas las muertes fetales que, sin embargo, no fue aprobado.

X. Reflexión final

Si bien el proyecto de ley de la fundación Era en abril es un paliativo que intenta terminar con el destrato y la violencia institucional del Estado argentino hacia las mujeres que sufren la pérdida de sus hijos antes de dar a luz, no debe perderse de vista que éste sólo se limita a reconocer la identidad de estos niños y no así su personalidad y atributos, como tampoco los derechos personalísimos. Por lo tanto, el artículo 21 del CCCN continuará estando en franca contradicción con los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y seguirán existiendo antinomias dentro del ordenamiento jurídico nacional, aunque el proyecto se convierta eventualmente en ley.

A modo de conclusión, puedo afirmar que la disposición cuestionada no tiene sustento jurídico alguno que avale seguir supeditando la personalidad del por nacer a su nacimiento con vida. La normativa civil debe reconocerles su personalidad con independencia del momento en que se produce la muerte (antes o después del nacimiento) y efectuar una regulación diversa de sus derechos según se trate de extrapatrimoniales y patrimoniales, donde los primeros sean reconocidos al concebido libres de todo condicionamiento, acompañándolos desde su concepción hasta su nacimiento o muerte; mientras que los otros, no obstante imputarse de modo actual y efectivo, estén condicionados al nacimiento con vida extinguiéndose en caso de no ocurrir.

Bibliografía

ABELEND, C. (1980) "Sujeto de las relaciones jurídicas", en *Derecho Civil: Parte General*, tomo I. Buenos Aires, Astrea.

BIANCONI, A. (2016) "Registro de defunciones fetales", consultado en [<http://www.eraenabril.org>] el 10-03-2017.

BLASCO, L (2016) "¿En qué países de América Latina hay más o menos muertes fetales y por qué?", consultado en [<http://www.bbc.com>] el 05.07.2017.

- BORDA, G. A (1965) *“Tratado de Derecho Civil argentino: Parte General”*, Buenos Aires, Perrot, Tomo I.
- BUERES, A. (2014) “Comienzo de la existencia”, en *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, tomo I, pp. 77-9. Buenos Aires, Hammurabi.
- BUTELER CÁCERES, J. (1979) *Manual de Derecho Civil: Parte General*. Buenos Aires, Ed. Abaco.
- CIFUENTES, S. (1995) “La norma, las fuentes del derecho y los derechos subjetivos privados”, en *Elementos de Derecho Civil, Parte General*. Buenos Aires, Astrea.
- (1996) “El Nasciturus: las personas por nacer”, en FORINELES, J. (Dir.) *El Derecho Jurisprudencia General*, tomo 15, pp. 956-66. Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires.
- CONTE- GRAND, J (2016) “La Persona”, en SANCHEZ HERRERO, A. *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, tomo I, pp. 117-48. Buenos Aires, La Ley.
- (2016a) “Comienzo de la existencia de la persona humana”, en SANCHEZ HERRERO, A. *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, tomo I. Buenos Aires, La Ley.
- (2016b) “Derechos personalísimos”, en SANCHEZ HERRERO, A. *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, tomo I. Buenos Aires, La Ley.
- CZUBAJ, F. (2016) “Muerte fetal: un dolor que en el país no tiene nombre y sigue siendo un tabú”, consultado en [<http://www.lanacion.com.ar>] el 05.07.2017.
- DE BERNIS, L. [et al.] (2016) “Stillbirths: Ending Preventable Deaths by 2030”, consultado en [<http://www.thelancet.com>] el 01.06.2017.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2000) “Persona por nacer en el Código Civil de Vélez Sarfield y en Código Civil peruano 1984” en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarfield: bicentenario de su nacimiento (1800-2000)*, volumen XVI, tomo I. Córdoba, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- FLENADY, V. [et al.] (2016) “Stillbirths: recall to action in high-income countries”, consultado en [<http://www.thelancet.com>] el 01.06.2017.
- FRØEN J. [et al.] (2016) “Stillbirths: Progress and Unfinished Business”, consultado en [<http://www.thelancet.com>] el 01.06.2017.

FUNDACION ERA EN ABRIL (2017) "Lamentamos comunicarles que no hubo acuerdo entre los asesores de la Comisión de Salud", consultado en [FanPage en Facebook "ERA EN ABRIL - Página Oficial"], el 15.06.2017.

HERRERA, M. (2015) "Libro Primero. Parte General. Título I. Persona Humana", en HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S., (dirs.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo I. Buenos Aires, Infojus.

HEAZELL, A. [et al.] (2016) "Stillbirths: Economic and Psychosocial Consequences", consultado en [<http://www.thelancet.com>] el 01.06.2017.

INSTITUTO DE EFECTIVIDAD CLÍNICA Y SANITARIA (IECS) (2016) "Cada año se producen en el mundo 2.6 millones de muertes de bebés en gestación. En Argentina hay 14 casos por día. Socialmente, el tema constituye un tabú", consultado en [<http://www.iecs.org.ar>] el 11.06.2017.

LAWN, J. [et al.] (2016) "Stillbirths: Rates, Risk Factors, and Acceleration Towards 2030", consultado en [<http://www.thelancet.com>] el 01.06.2017.

LLAMBIAS, J (2007) *Tratado de Derecho Civil: Parte General*, tomo I y II. Buenos Aires, LexisNexis; Abeledo-Perrot.

LORENZETTI, L. (Dir.) DE LORENZO, M. y LORENZETTI, P. (Coords.) (2014) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo I. Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni Editores.

ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) (2016) "Classification of Diseases and Related Health Problems", consultado en [<http://apps.who.int>] el 02.05.2017.

— (2015) "Stillbirths Estimates by Country", consultado en [<http://apps.who.int>] el 11.06.2017.

ORGAZ, A. (1961) "De la Persona y sus atributos", en *Personas individuales*. Córdoba, Ed. Assandri.

REVIRIEGO, N (2015) "Comienzo de la existencia", en RIVERA, J. y MEDINA, G. (Dirs.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, pp. 113-24. Buenos Aires, La Ley.

RIVERA, J. (2007) *Instituciones de Derecho Civil - Parte General*", tomo II. Buenos Aires, LexisNexis; Abeledo-Perrot.

SALVAT, R. (1947) *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*", tomo I. Buenos Aires, Ed. La Ley.

TÉLAM – AGENCIA NACIONAL DE NOTICIAS (TÉLAM) (2016) “Un informe ubica a la Argentina con el 4,5 de muertes intrauterinas por cada mil nacimientos”, consultado en [<http://www.telam.com.ar>] el 11.06.2017.