Boletín N° 7.812-07

Proyecto de ley, iniciado en Moción del Honorable Senador señor Chahuán, que establece estatuto jurídico del no nacido.

El reconocimiento de los derechos fundamentales a toda persona humana es algo que siempre ha formado parte importante de nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, la discusión sobre desde cuándo se es persona es algo que sigue vigente y se hace necesario, por ello, reconocer los derechos específicos del no nacido.

Todo individuo de la especie humana es persona, y la vida humana comienza con la concepción. No existe tratado de embriología que diga lo contrario: estamos frente a un nuevo, único e irrepetible individuo de la especie humana, desde el instante en que se unen los gametos. En efecto, el cigoto ya tiene en su ADN toda la información que lo configura como persona humana, la individualidad única de la persona ya se haya presente en la información genética del feto. En adelante, se producirán una serie de cambios meramente accidentales; la substancia ya está compuesta y permanecerá inalterable hasta la muerte de este nuevo ser.

Lo determinante para la titularidad de los derechos constitucionales es el ser un humano, y no cabe duda de que el no nacido lo es, independientemente de que sea un embrión o un feto. La edad o etapa de desarrollo de un ser humano no es condicionante de la titularidad de aquellos derechos que emanan de su propia naturaleza, menos aun cuando se trata del Derecho a la Vida, derecho es el supuesto de todos los demás.

De tal manera, desde el primer instante de la concepción, la vida del nuevo ser merece respeto y protección; se le reconoce su carácter, entidad y dignidad de persona titular de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce, protege y ampara.

Sin duda, uno de los derechos que más se ha vulnerado al no nacido es el Derecho a la Vida; la vida le es inseparable e indisponible al viviente y el derecho a la vida propiamente tal es la facultad moral de conservar y mantener la vida, racional y razonablemente y el derecho a exigir de otros que no atenten injustamente contra la propia vida; éste es un derecho innato, de título natural. De la interpretación del artículo 19 Nº 1 de la Constitución, lleva a concluir que el derecho a la vida comprende también al nasciturus; todo ello queda claramente ratificado en el más reciente debate sobre la materia llevado a cabo en el Congreso Nacional, a propósito de la reforma al inciso 1° del Art. 1 de la Constitución, que cambió la expresión “hombres” por “personas” (Ley de Reforma Constitucional N° 19.611; Diario Oficial de 16 de junio de 1999). En el segundo trámite legislativo, durante la discusión en la Sala del Senado, se aprobó dejar constancia de que el nasciturus, desde la concepción, es persona en el sentido constitucional del término, y por ende es titular del derecho a la vida (Diario de Sesiones del Senado, sesión 21ª, 3 de marzo de 1999).

El artículo 55 de nuestro Código Civil preceptúa que son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición y, por su parte, el artículo 75 de este mismo cuerpo legal, dispone que la ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra.

Respecto a la jurisprudencia nacional se puede señalar, a modo ejemplar, que la Corte Suprema sigue esta tendencia; en fallo de 30 de agosto de 2001, señaló con toda claridad que: “el que está por nacer -cualquiera que sea la etapa de su desarrollo pre natal- pues la norma constitucional no distingue-, tiene derecho a la vida, es decir, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación” (considerando 17). Conforme al artículo 55 del Código Civil, el nasciturus, desde la fecundación, es persona, pues “la fertilización es, como es, un proceso continuo que no resulta separable en etapas o momentos”, por lo que debe concluirse “que el óvulo fecundado o embrión, es ya un individuo de la especie humana y como tal, digno de protección constitucional y legal para alcanzar su pleno desarrollo hasta que el nacimiento se produzca, conforme a lo que dispone el artículo 74 del mismo cuerpo legal (considerando 18). De acuerdo a los Art. 75 y 76 del mismo Código, no cabe duda que la protección del que está por nacer comienza en la concepción, sin que quepa hacer distinciones respecto de si el embrión está o no anidado, ni de ninguna otra especie (considerando 19).

Sin perjuicio de todo lo anterior, el ordenamiento jurídico internacional sobre derechos humanos ratifica todo lo señalado hasta aquí, como ocurre por ejemplo con la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, cuyo artículo 4 impone a los estados el deber de proteger la vida desde la concepción. La importancia de este texto normativo es enorme, pues no debe olvidarse que de acuerdo al artículo 5 de nuestra Constitución, forma parte del sistema constitucional chileno.

No obstante, incluso si se dudase de si un embrión es o no ser humano, o si se tuviesen dudas respecto del momento en que éste adquiere tal condición, no debe olvidarse que en materia de Derechos Humanos rige el denominado "principio pro-homine", una de cuyas consecuencias es el "principio de inviolabilidad de la vida humana". De hecho el "principio "pro-homine" ha sido destacado de manera reiterada por la Corte Interamericana de Derechos, la que además ha sostenido clara y firmemente la necesidad de que los preceptos sobre derechos humanos plasmados en los tratados internacionales sobre la materia, sean entendidos e interpretados en función de la protección de los derechos esenciales que emanan de la dignidad humana. De ello se deriva que debe estarse siempre con la interpretación más favorable al derecho o libertad del afectado con la duda y que debe estarse siempre con la interpretación más favorable al más débil.

En definitiva, el derecho a la vida en nuestro ordenamiento jurídico es garantizado por la Constitución Política de la República en el artículo 1 y en el artículo 19 N° 1 inciso 2°; en el Código Civil en los artículos 55 y 75 e incluso lo podemos ver en la Jurisprudencia Nacional; consta esta protección también en el Código Penal Art. 342 y siguientes; en el Código Sanitario Art. 119; en la convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica en sus artículos 4 inciso 1, 1 Nº 2, 5 Nº 1 y 24; y en la Ley de Regulación de la Fertilidad de enero de 2010 en la parte final de su artículo 4 e incluso la Contraloría General de la República ha dictaminado en más de una ocasión sobre la titularidad jurídica que nuestro derecho reconoce a! concebido y no nacido.

Así se llega a concluir que el nasciturus desde su concepción no sólo es un ser humano, sino que además, en tal carácter, es titular del derecho a la vida desde ese mismo momento, y que el Estado tiene el deber de protegerlo.

Además del derecho a la vida, se hace necesario reconocer al No Nacido una serie de derechos, que se enumeran a continuación.

I. La existencia legal de la persona comienza desde el momento de la concepción.
II.
Nuestro Código Civil, establece en su artículo 74 que la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre, y que la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

Sin embargo, el mismo Código que declara que para los efectos de la adquisición de derechos patrimoniales, que la “existencia legal” de la persona principia al nacer, no tiene inconveniente en proclamar solemnemente que la ley protege la vida del que está por nacer, y conceder una especie de tutela cautelar, para que de oficio o petición de cualquier persona, el juez adopte "todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra" (artículo 75)

Por su parte, el artículo 76 del mismo texto legal, establece una presunción de derecho respecto de la concepción, al preceptuar que ella ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás desde la medianoche del nacimiento.

A su vez, el artículo 77 que se refiere a los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe, y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. Agrega que en el caso de muerte de la criatura en el vientre materno, o perecimiento de la misma antes de ser completamente separada, o sin haber sobrevivido un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

Estos conceptos deben modificarse, ya que debe considerarse como principio de existencia legal de toda persona, el momento mismo de su concepción, lo que trae aparejado como consecuencia que si la criatura muere en el vientre materno, o perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará que existió legalmente.

De igual modo, y en armonía con esta doctrina, debe erradicarse el concepto actualmente vigente de que el nacimiento constituye un principio de existencia como actualmente se contempla, manteniéndose el momento del nacimiento como goce pleno de los derechos por parte de la criatura, ya que como se sostiene, la existencia legal comienza en el momento mismo de la concepción, y por tanto la protección que la ley debe a dicha persona, rige a contar desde ese instante.

De esta forma, se estará dando pleno cumplimiento al principio consagrado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, en que se asegura el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de todas las personas, y al

mandato contenido en esa misma disposición que dispone que la ley protege la vida el que está por nacer.

III. Inscripción de los mortinatos en el Registro Civil y de la criatura no nacida.

Nuestra legislación contempla que para tener la calidad de sujeto de derechos y obligaciones, se requiere ser persona, esto es, un individuo de la especie humana, sin distinción de edad, sexo, estirpe o condición.

El artículo 49 de la Ley de Registro Civil, se establece que el fallecimiento de una criatura en el vientre materno o la que perece antes de estar completamente separada de su madre o la que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, no puede ser inscrito dicho deceso en el registro de defunciones.

Solo se establece que el otorgamiento del pase para la sepultación en los casos precedentemente descritos, se sujetará a las formalidades establecidas para los fallecidos que han nacido, en lo que les sea aplicable.

La pérdida de un hijo en gestación es una realidad que han debido enfrentar muchas mujeres, suele ser una experiencia muy dolorosa debido al natural lazo afectivo que se desarrolla entre la madre y el hijo por nacer.

Precisamente por eso no deja de llamar la atención la escasa o nula importancia que en nuestra legislación se asigna al destino de las criaturas fallecidas intrauterinamente.

Esto deriva en una vulneración de los derechos de los padres, y por ende, un atentado contra la dignidad de las personas que murieron en el vientre materno.

Valorizar y enseñar el respeto a la vida significa comprender en profundidad la dimensión de la dignidad humana, que comienza con la concepción, pero no termina con la muerte fetal. El feto muerto fue persona, y las normas, actitudes y conductas de los agentes sociales, en lo que respecta a la disposición de sus restos, deben ser consecuentes con la consideración que se merece todo ser humano. La educación en la cultura de la vida debe comprender necesariamente el respeto por la dignidad de aquellos que no alcanzaron a ver la luz.

Debiéramos ser conscientes de la trascendental importancia que reviste el tema de la muerte en gestación y del tratamiento digno de los restos humanos producto de ella. Corresponde en nuestro concepto, que el derecho de los padres a recuperar los cuerpos de sus hijos muertos in útero para darles digna sepultura, sea debidamente respetado y asegurado.

El mortinato, al igual que todo ser humano, que está provisto de dignidad, tiene derechos, y entre ellos, el de tener una digna sepultura. En legislaciones más avanzadas, como las de varios países europeos, se aplica a este respecto la regla "infans conceptas pro iam nato habetur", esto es, que el niño concebido, se le tiene por nacido para todo lo que le favorezca.

Los padres tienen derecho a disponer de los restos de sus hijos fallecidos antes de nacer con el objeto de darle sepultura, no importando las semanas de gestación.

En nuestro país, el artículo 143 del Código Sanitario, establece que los fallecimientos deberán ser inscritos en el Registro Civil de acuerdo con la clasificación internacional de las causas de su muerte.

La Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas relacionados con la Salud, a que se refiere esta disposición, define la defunción fetal como la muerte de un producto de la concepción, antes de su expulsión o extracción completa del cuerpo de su madre, independientemente de la duración del embarazo.

A su vez, el artículo 40 del mismo decreto preceptúa que en el caso de los productos de la concepción que no alcanzaron a nacer, corresponderá al médico tratante o al profesional que asistió el parto, según el caso, extender el certificado médico de defunción o la defunción y estadística de mortalidad fetal según corresponda. En este último caso dicha certificación se extenderá cuando el producto de la concepción sea identificable o diferenciable de las membranas ovulares o del tejido placentario, cualquiera sea su peso o su edad gestacional, y será entregada a sus progenitores, quienes dispondrán del plazo de 72 horas para solicitar la entrega de los restos con fines de inhumación.

Esta última disposición, fue modificada en la forma que actualmente aparece, en virtud del Decreto Supremo N° 206 del año 2003, del Ministerio de Salud, y constituye un gran avance en la materia, por cuanto con anterioridad a esta modificación, se aplicaba el erróneo criterio de viabilidad del feto establecido por la Organización Mundial de la Salud, el que señalaba que sólo cuando el feto tuviera más de veinte semanas de gestación y 500 gramos de peso, podía extenderse certificado de defunción a su respecto.

Sin embargo, aún se usa en esta norma una expresión, que a nuestro juicio es errónea, ya que por una parte, a la criatura fallecida o mortinato, no obstante su calidad de persona, se le denomina "producto de la concepción", y por otra, los certificados de defunción que a su respecto se emitan, solo tiene fines estadísticos, ya que no habilitan para inscribir los decesos en el Registro Civil, de acuerdo a lo dispuesto en su ley.

Para subsanar estas anomalías, se hace necesario modificar las disposiciones pertinentes del Código Sanitario, con el fin de que se permita inscribir en el Registro Civil las defunciones de los mortinatos, quienes podrán ser sepultados. De tal manera que la criatura que fallezca durante el período de gestación, el cual comprende la época que va desde el momento de la concepción hasta la del nacimiento, se denomina mortinato o nonato, y su padre, madre, o ambos, o sus representantes legales, pueden requerir del facultativo o profesional autorizado el certificado de defunción pertinente, el que constituirá prueba suficiente para inscribirlo en el Servicio de Registro Civil, con el objeto de que otorgue la licencia o pase de sepultación correspondiente para la criatura.

IV. El Derecho de los mortinatos a tener un nombre

Dados los avances científicos y tecnológicos, actualmente existe una relación más próxima entre los padres y la criatura que está por nacer que se extiende a todo el proceso del embarazo y nacimiento.

Sin embargo, todavía existen casos en que el bebé fallece dentro del vientre materno o al momento de nacer. Debemos comprender que la muerte de un hijo nacido o por nacer constituye una gran ruptura en el proceso natural de la vida debido a que se escapa de las expectativas y programas biológicos.

El tratamiento jurídico que reciben esta criaturas dependerá de factores de hecho que les dará el carácter de personas o, aunque cueste creerlo, de cosa.

Para todos los efectos legales, si el hijo ha nacido vivo y muere poco después se entenderá que éste es una persona natural. Con un principio y fin de su existencia claramente delimitado y respecto de la cual se deben aplicar todos los derechos y atributos que la ley confiere a la personas naturales.

Para entender la situación de los mortinatos; bebés que mueren en el vientre materno, nacidos muertos o que fallecen antes de ser separados completamente de la madre, debemos examinar el artículo 74 del Código Civil el que previene que el principio de la existencia legal de las personas comienza al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre y haber sobrevivido un instante siquiera a dicha separación. En virtud de esta norma se reputa que los mortinatos no han existido jamás.

Al no ser personas, los mortinatos son considerados objetos del derecho, esto es, osas. Cuesta entender esta figura ya que la Constitución y el Código Civil protegen los derechos del que está por nacer. Lo que se protege es la potencialidad de vida que tiene una criatura en gestación.

El destino de los mortinatos está regulado en la ley de Registro Civil, al tratar las defunciones. En efecto, en el artículo 49, se establece que el fallecimiento de una criatura en el vientre materno o la que perece antes de estar completamente separada de su madre o la que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera no serán inscritos en el registro de defunciones. Luego, se establece que el otorgamiento del pase para la sepultación en los casos precedentemente descritos se sujetará a las formalidades establecidas para los fallecidos que han nacido, en lo que les fuere aplicable.

En la práctica, sólo se extienden certificados de defunción, requisito indispensable para los efectos de poder retirar y sepultar un feto, a aquellos que poseen una gestación de más de 20 semanas o 500 gramos de peso. Esto, por una disposición de la Organización Mundial de la Salud que considera estas características para, en términos estadísticos, poder hablar de mortalidad fetal. De tal manera que en caso que no se cumpla alguno de los presupuestos antes mencionados, se puede denegar el otorgamiento del certificado de defunción, y los restos del mortinato pueden ser incinerados como desechos biológicos o utilizados para investigación.

En este orden de ideas, creemos concomitantemente con el derecho de los padres a sepultar a su hijo mortinato, debiera concedérseles el derecho de otorgarle uno de los atributos de las personas naturales a este hijo. Es el derecho a darle un nombre a ese hijo, que fue durante un tiempo, potencia de vida que no pudo actualizarse. En los hechos, muchas veces los padres al saber el sexo de su hijo le otorgan un nombre, de esta manera, al conceder este derecho los padres que vivan esta situación podrán actuar dentro de su marco de creencias y despedirse del hijo e iniciar la fase de vivencia del duelo y su posterior recuperación.

Esto aboga por la dignidad del hijo mortinato y es un gesto de respeto a la vida. Así, se hace necesario establecer el derecho de todo mortinato a tener un nombre previo a su sepultación. Este derecho podrá ser ejercido por su madre, padre o por ambos, quienes al momento de solicitar el permiso de sepultación de su hijo mortinato podrán pedir que éste se inscriba en el registro de mortinatos que se llevará al efecto en el Servicio de Registro Civil e Identificación, con el nombre que ellos decidan otorgarle. Derecho que se hará valer en el acto de otorgamiento del pase de sepultación de los mortinatos.

En virtud de las consideraciones antes expuestas, sometemos a la aprobación del Senado de la República, el siguiente:

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO 1°. Modificase el Código Civil, en la forma que a continuación se indica:

1 Sustituyese el texto de su artículo 74, por el siguiente:

“La existencia legal de toda persona principia al momento de la concepción. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará que tuvo existencia.”

2°. Sustituyese el texto de su artículo 77, por el siguiente:

“Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, estarán suspensos hasta que el nacimiento se produzca, momento en el cual entrará el recién nacido en el goce de sus derechos.”

ARTÍCULO 2°: Sustituyese el texto del artículo 143 del Código Sanitario, por el siguiente:

“Los fallecimientos deberán ser inscritos en el Registro Civil de acuerdo con la clasificación internacional de la muerte.

La criatura que fallezca durante el período de gestación, el cual comprende la época que va desde el momento de la concepción hasta la del nacimiento, se denomina mortinato o nonato, y su padre, madre, o ambos, o sus representantes legales, pueden requerir del facultativo o profesional autorizado el certificado de defunción pertinente, el que constituirá prueba suficiente para inscribirlo en el Servicio de Registro Civil, con el objeto de que otorgue la licencia o pase de sepultación correspondiente para la criatura.”

ARTÍCULO 3°: Agrégase un nuevo inciso final al artículo 74 del Código Civil, del siguiente tenor:

“Sin perjuicio de lo previsto en el inciso precedente, el padre, madre o ambos, de un hijo mortinato tendrán derecho a otorgarle un nombre, el que será registrado por el Oficial de Servicio de Registro Civil previo al otorgamiento de su pase de sepultación.”

ARTÍCULO 4°: Agrégase un nuevo inciso segundo al artículo 49 de la ley N° 4.808, sobre Registro Civil, pasando el actual inciso segundo a ser inciso tercero y final, del siguiente tenor:

“El padre, madre o ambos, al momento de solicitar el respectivo pase de sepultación, podrá solicitar que en este conste la filiación del mortinato y el nombre con que se le hubiere conocido en caso de haber nacido vivo. El oficial de Registro Civil a cargo deberá consultar la voluntad del o los progenitores y no podrá negarles el ejercicio de este derecho.”

FRANCISCO CHAHUÁN CHAHUÁN
SENADOR