

‘LEY MORTINATO’: UNA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA*

(Ley que modifica la ley N°4.808, que Reforma la ley Sobre el Registro Civil e Identificación, para establecer un catastro nacional de mortinatos y facilitar su individualización y sepultación)

- La ‘ley mortinato’ es aplicable a todas las hipótesis de fallecimiento de un embrión o feto.
- Tiene derecho a inscribir al mortinato la madre y, en subsidio, su cónyuge, conviviente civil o algún ascendiente consanguíneo en línea recta en primer grado.
- La ley será coherente con las disposiciones vigentes sobre cementerios y sobre hospitales y clínicas privadas.
- El espíritu de la ley permite concluir que se afirma que el *nasciturus* es persona desde la concepción.

I. Introducción

Recientemente se promulgó y publicó la llamada ‘ley mortinato’. Esta iniciativa fue redactada con un **fin** claro: ser un pequeño consuelo para las madres en el momento de dolor que surge tras la muerte de un hijo en gestación. Así se establece expresamente en el mensaje del Presidente de la República: el proyecto busca “establecer condiciones básicas de dignidad que permitan a los padres cuyos hijos mueren antes de nacer — técnicamente denominados ‘mortinatos’— vivir su propio duelo como padres y familia”. De esto se sigue de manera inmediata el **efecto jurídico** de este proyecto en el plano práctico, a saber, la facultad o derecho que se tendrá para inscribir a los mortinatos y para sepultarlos, en plena armonía con las demás disposiciones vigentes en la materia. Por otro lado, de manera mediata se desprende un **criterio hermenéutico** relevante en torno a la discusión sobre la humanidad y personalidad del *nasciturus*. En esta minuta trataremos brevemente ambos aspectos.

II. Ámbito de aplicación y contenido del proyecto de ley

El proyecto de ley que estamos comentando aplica, en lo que se refiere a su **objeto**, a toda hipótesis en que exista un mortinato —sea cual sea el estado embrionario o fetal en que se haya encontrado antes de su muerte— para otorgar un derecho a ciertas personas para inscribirlo y para inhumar o cremar sus restos. Por otro lado, respecto de los **sujetos** a los que se concede dicha facultad, aplica primeramente a la ‘persona gestante’ y, secundariamente o en subsidio, a su “cónyuge, conviviente civil o a cualquiera de sus ascendientes consanguíneos en línea recta en primer grado” (artículo 1, inc. 2°).

Dentro de tales hipótesis se incluyen, por tanto, los casos de niños fallecidos en procesos de fertilización asistida u otros semejantes: la misma definición de mortinato no se refiere explícitamente al hecho de encontrarse actualmente en el vientre materno.

* Vicente Hargous, Coordinador Área Legislativa. Contacto: vhargous@comunidadyjusticia.cl / [+56996615294](tel:+56996615294).

Es manifiesto que la alusión a la separación completa de la madre se refiere únicamente al hecho del nacimiento, pues se señala a continuación de la palabra ‘alumbramiento’ y con una formulación idéntica a la del Código Civil.

La facultad de inscripción, a diferencia del retiro de los restos, no tiene plazo de preclusión, según el artículo 2 del proyecto. La inscripción, como se señala en la definición misma del catastro, es voluntaria y se realiza en el Servicio de Registro Civil e Identificación. El proyecto modifica la ley del Registro Civil, agregando un nuevo título V, que incluye sólo el artículo 50 bis. Para la inscripción es necesario individualizar al mortinato mediante un nombre que se le asigna¹ y contar con un certificado médico de defunción y estadística de mortalidad fetal. No es necesario mencionar en la inscripción a la madre ni al padre; es más, para que aquélla pueda mencionar a este último requiere de su autorización expresa o tácita². Por último, las formalidades para el otorgamiento de la licencia o pase de inhumación se sujetan, en lo que fueren aplicables, a los artículos 46 y 47 de la ley modificada. El primero de ellos dispone que el oficial del Registro Civil expedirá una licencia o pase y señalará la hora desde la que pueden inhumarse los restos del mortinato (artículo 46, ley N°4.808, sobre Registro Civil)³. El segundo de ellos agrega que la licencia o pase se exigirá para poder inhumar (y, agregamos, también para cremar) los restos del mortinato.

Respecto de los sujetos que pueden sepultar e inscribir a los mortinatos con un nombre, la ley usa la expresión “persona gestante”. Creemos que, pese a haberse discutido el punto en una acalorada discusión en la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, es absurdo sustituir el término ‘madre’ o ‘mujer’ por el de ‘persona gestante’, toda vez que la definición de ‘gestante’ necesariamente se aplica a una mujer, como se señala en el Diccionario de la Real Academia Española⁴. Así lo destacó el diputado Venegas (DC) en la Comisión, en contra de la indicación presentada por el diputado Crispi (RD), la cual constituye un principio del texto definitivo del proyecto. El sujeto es, por ende, la madre biológica del mortinato. Ahora bien, la maternidad en nuestra legislación está indisolublemente unida al hecho biológico del

¹ Como veremos en detalle más adelante, la asignación de un nombre importa el reconocimiento de la personalidad del embrión o feto, pues el nombre es un atributo de la personalidad.

² Nos parece que puede ser tácita, ya que la ley no distingue y, por consiguiente, no es lícito al intérprete distinguir.

³ En nuestra opinión, no es necesario señalar que el plazo para retirar los restos (24 horas contadas desde el instante de la defunción), establecido en el artículo 46 de la ley sobre Registro Civil, no es aplicable al caso de un mortinato, ya que en muchos casos no se puede conocer con certeza el tiempo del fallecimiento y, por otro lado, existe una regla especial, que es el artículo 40 del Decreto 161 del Ministerio de Salud, sobre Hospitales y Clínicas. Por lo tanto, sólo debería regir el plazo de retiro de los restos desde las 72 horas. No obstante, parece razonable exigir que la inhumación o cremación se lleve a efecto lo más pronto posible desde que se hayan retirado los restos.

⁴ Gestante: 1. que gesta; 2. Embarazada (<https://dle.rae.es/?id=J9zeV3h>). Esto a su vez nos lleva a las definiciones de ‘embarazada’, cuya primera acepción es “dicho de una mujer: preñada” (<https://dle.rae.es/?id=EaZb3pT>) y de ‘gestar’, cuya definición en esta materia es la siguiente: “dicho de una hembra: Llevar y sustentar en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto” (<https://dle.rae.es/?id=J9tf1Hm|JA0d5LE>).

parto⁵ y, en consecuencia, a la gestación, con independencia del ‘aporte del material genético’, en los casos de fertilización asistida (en otras palabras, legalmente no puede considerarse madre una mujer que sólo ha aportado el material genético), a diferencia de lo que ocurre respecto de la paternidad⁶.

Corresponde primeramente a la madre la facultad para inscribir y sepultar o cremar al mortinato. Pero el inciso segundo del artículo 1, como ya adelantamos, otorga esta facultad de modo subsidiario a su “cónyuge, conviviente civil o a cualquiera de sus ascendientes consanguíneos en línea recta en primer grado”. El criterio que define esta subsidiariedad es el impedimento. Esto se condice con la realidad práctica de que las inscripciones de nacimientos en el Registro Civil las suele realizar el padre, pues en tales casos la madre suele encontrarse impedida por estar hospitalizada. A juicio nuestro, el criterio debería aplicarse de la misma manera en este caso.

No está de más mencionar la correspondencia y armonía que existe entre el proyecto y otras normas de nuestro ordenamiento jurídico. Así, destaca el artículo 40 del Decreto 161, sobre Hospitales y Clínicas, del Ministerio de Salud:

Los recién nacidos sólo se entregarán a sus padres o quienes posean su representación legal.

Respecto de los nacidos y fallecidos, así como de aquellos 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 el de 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 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.

En efecto, la ley que estamos comentando es coherente con la legislación vigente: establece como un derecho de los padres el poder exigir los restos de sus hijos no

⁵ Cfr. Artículo 183, Código Civil: “La maternidad queda legalmente determinada por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz, constan en las partidas del Registro Civil”. Esta norma es complementaria al artículo 182 del mismo cuerpo normativo, donde se señala que “el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. / No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”. Se entiende que las personas que se sometieron a ella son, por una parte, la madre (es decir, según el artículo 183, la que ha dado a luz), y por otra, el padre que aportó el gameto masculino.

⁶ Como señalamos en la nota anterior, el padre de la criatura concebida mediante un proceso de fertilización asistida es el hombre que se somete a dicho proceso, lo que en la práctica significa que es el hombre que ha aportado el material genético. El criterio del material genético nos parece el más apropiado para determinar la maternidad y paternidad, por ser mucho más coherente con el resto de nuestro ordenamiento jurídico (por ejemplo, en materia probatoria en juicios de filiación) y, en segundo lugar, porque la gestación es accidental respecto del *origen* del ser humano, que temporalmente ocurre en el momento de la unión de los dos gametos (i.e. la concepción), pues es el instante en que existe un individuo con material genético humano distinto de sus progenitores. Sin embargo, expresamente la ley optó, respecto de la madre, por un criterio diverso (el del parto).

nacidos, sin más límites que los impuestos por la imposibilidad física de distinguirlos del tejido placentario o de las membranas ovulares. Vale decir, el mortinato se podría retirar (hipotéticamente) desde que se reconozca como tal y, por otro lado, se podría inscribir desde su concepción, pues la norma citada en este párrafo establece explícitamente que se no existen limitaciones dadas por la edad gestacional del *nasciturus*, sino sólo por la posibilidad de distinción de su madre⁷. Además, se desprende que la facultad para retirar los restos precluye después de transcurridas 72 horas. Estimamos que tal plazo debe contarse desde que los restos se separan completamente del cuerpo de la madre, aplicando el artículo 22 inciso 2° para interpretar analógicamente el artículo 40 del decreto citado a la luz del artículo 74 del Código Civil).

Otra norma que vale la pena mencionar es el artículo 49 del Decreto 357 del Ministerio de Salud, sobre cementerios:

Ningún cementerio podrá rechazar la inhumación o la incineración de un cadáver, sin una justa causa calificada por la autoridad sanitaria, a menos que se trate de un cementerio particular destinado a la inhumación de determinadas personas o grupos de personas, conforme lo señalado en su reglamento interno.

Tampoco podrá rechazarse la inhumación o incineración del producto de la concepción que no alcanza a nacer, respecto del cual se ha extendido un certificado médico de defunción y estadística de mortalidad fetal, en los casos en que se cuente con el correspondiente pase de sepultación.

De este artículo podemos deducir, en relación con el proyecto de ley de mortinatos, que lo que el artículo 1 establece con el rótulo de ‘disposición’ de los restos del mortinato se refiere a la cremación de los mismos. Dicho de otra manera, la facultad que el proyecto otorga comprende tanto la inhumación como la cremación de los restos, pues estas son las normas sanitarias vigentes a que alude el artículo 2 del proyecto.

III. Una interpretación a la luz del espíritu de la ley mortinatos

Siguiendo las reglas de interpretación del Código Civil, debemos atenernos al sentido de la ley expresado primeramente en el tenor literal de las normas (art. 19, inc. 1°, Código Civil)⁸. En este caso, el sentido de la ley es clarísimo en abstracto: el proyecto busca, como ya señalamos, humanizar la maternidad de las mujeres cuyos hijos mueran antes de nacer y empatizar con su dolor. Para interpretar expresiones oscuras del proyecto debemos, por ende, recurrir esta intención o espíritu, que se expresa

⁷ Agregamos algunos datos de referencia útiles: la etapa embrionaria termina a las 10 semanas y entonces comienza la etapa fetal. En ese momento, la criatura mide 7 centímetros, por lo que es perfectamente plausible que un embrión (por ejemplo, de 5 centímetros) sea diferenciable a la vista del tejido placentario. Durante la etapa embrionaria comienza la formación del cerebro y de las extremidades.

⁸ A diferencia de lo que vulgarmente se puede entender con la lectura de este artículo, el tenor literal es un criterio hermenéutico porque es la primera manifestación del sentido de la ley. De este modo, Bello habría adoptado en esta regla el adagio latino: *in claris non fit interpretatio*. Cfr. Guzmán Brito, Alejandro (2011): *Las reglas del “Código Civil” de Chile sobre interpretación de las leyes*, Legal Publishing Chile, Santiago, p. 113.

manifiestamente en la ley misma (en el hecho de poder darle un nombre al hijo fallecido) y, sobre todo, en la historia fidedigna de su establecimiento⁹ (art. 19, inc. 2°, Código Civil).

Consideramos que empatizar con el dolor materno y contribuir en su consuelo importa necesariamente el reconocimiento de que el nonato es un hijo y, por ende, una persona, pues de otro modo se estaría validando un dolor objetivamente carente de significado. Este proyecto considera relevante el dolor de los padres frente a la pérdida de un hijo precisamente porque no es equivalente a la pérdida de un órgano cualquiera sus cuerpos, como perder el apéndice o la vesícula biliar.

El proyecto sufrió, sin embargo, algunas modificaciones que aparentemente buscaron dar pie a una interpretación distinta. Tales modificaciones son tres: 1) la aseguración del acceso al aborto en tres causales; 2) la definición del mortinato como un “producto de la concepción”; y, por último, 3) la afirmación de que la inscripción “no implicará reconocer estatuto jurídico o derecho alguno al mortinato y no produce ninguna otra clase de efectos jurídicos en ningún ámbito” (art. 1, inc. 3). En parte, estas modificaciones se explican por la postura política pro-aborto. No obstante, incluso después de esas modificaciones, el proyecto tuvo una férrea oposición en su primer trámite constitucional. Por ejemplo, la diputada Camila Rojas dijo en su discurso en la sala de la Cámara de Diputados (cuando el proyecto ya tenía estas modificaciones) que era necesario (y presentó una indicación en ese sentido) establecer un plazo de doce semanas, además de afirmar que el proyecto sería contradictorio, pues le otorgaría al no nacido un atributo de la personalidad, que es el nombre¹⁰. Tales indicaciones fueron

⁹ Nos referimos especialmente al mensaje del Presidente de la República, pero también a los discursos y debates, tanto de la sala como de la Comisión de Derechos Humanos, en el marco del primer trámite constitucional.

¹⁰ En efecto, este es un fragmento importante de su discurso: “creemos que el proyecto es contradictorio en el tratamiento legal que le otorga al concepto de mortinato versus a los mismos atributos que se le reconocen en su inscripción, reabriendo materias de reciente resolución democrática en la ley de aborto en tres causales, a favor del derecho a decidir de mujeres y niñas, a favor de respetar su salud, a favor de respetar su dignidad y su voluntad. Se introducen trampas jurídicas, que le otorgan al mortinato atributos propios de la personalidad, establecidos por la legislación civil (...) y con esto me refiero al nombre. Esto, bajo la legítima necesidad de atender y acoger el dolor de mujeres y familias que han atravesado procesos tan duros como la pérdida gestacional. Seguramente nuestro voto no es intuitivo, pero lo hacemos con la convicción, y bajo el conocimiento del país en que vivimos, donde cualquier asunto, por más buena intención que tenga, puede traducirse en la restricción de los derechos de las mujeres y las niñas. Y aquí veo un riesgo inminente, presidente: finalmente, lo que se quiere es hacernos sentir culpa —lo he sentido en cada una de las palabras y mi intervención es un quiebre en este homogéneo debate hasta ahora. Tenemos la convicción de votar en contra, y a la par hemos presentado dos indicaciones. La primera, referida a una discriminación que hemos notado en la legislación, en este proyecto de ley, y allí reconocemos entonces en esta indicación la necesidad de abordar ‘persona gestante o a quien ésta autorice’, reconociendo la posibilidad de que una pareja lésbica o quienes se han realizado una inseminación artificial también estén considerados. Y la segunda indicación, que es la que nos parece más relevante, que tiene que ver con que se consideren doce semanas, para no poner en riesgo el reconocimiento de un atributo de la personalidad, como lo es el nombre, desde la concepción; y quiero decir que este último asunto no es arbitrario, no es antojadizo, no es caprichoso, porque la legislación internacional, por mencionar algunos ejemplos, así lo reconoce Francia a sus mortinatos quince semanas, España a sus mortinatos doce semanas —el caso de España se menciona en el mensaje de este proyecto—, la OMS (la Organización Mundial de la Salud) reconoce la muerte fetal como tal desde las veintiocho semanas. Nuestra indicación presenta doce semanas. Así que invito a la oposición que con convicción y, por qué no, a los diputados del oficialismo, que nuestra legislación cumpla con los estándares y sea coherente con las leyes vigentes y el marco

rechazadas, por lo que subsistieron en definitiva en la ley, de entre todas las ‘indicaciones pro-aborto’, solamente las tres modificaciones que ya mencionamos.

Esto ya prueba que las modificaciones no han cambiado sustancialmente el reconocimiento de la humanidad del no nacido. Estas modificaciones dejan intacta la finalidad del proyecto y, por ende, el reconocimiento tácito de la dignidad de la criatura que está por nacer. Para fundar esta opinión haremos un análisis de las tres modificaciones a que nos hemos referido y de su relación con la cuestión del derecho a la vida del *nasciturus*.

La primera modificación es la del artículo 5, en la que se estableció que no puede obstaculizarse, so pretexto de interpretación de esta ley, el aborto en tres causales: “Esta ley no podrá interpretarse de manera que obstaculice de modo alguno el acceso de las mujeres y niñas a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo”. Una mirada superficial nos puede dar a entender que, dada la ley de aborto en tres causales, el nonato mantendría con esta ley la condición de cosa, pues el aborto no sería lícito si aquél fuese persona. Sin embargo, esto no es efectivo, toda vez que, en tal caso, no existirían causales para abortar: habría aborto libre. Por lo demás, una parte considerable de los votos que apoyaron la ley de aborto se fundaron en la excepcionalidad de las causales. Estos casos por naturaleza corresponderían, en conclusión, a casos de inexigibilidad de otra conducta¹¹, y no a casos de atipicidad o irrelevancia jurídico-penal. De todo esto se sigue que el mantener la regulación vigente sobre el aborto no pugna con el reconocimiento que hace el proyecto de ley de mortinatos acerca de la personalidad del embrión o feto.

La segunda modificación es aquella en que se incorporó la siguiente definición de mortinato:

producto de la concepción identificable o diferenciable de las membranas ovulares o del tejido placentario o materno en general, que cese en sus funciones vitales antes del alumbramiento o bien antes de encontrarse completamente separado de la persona gestante, muriendo y que no ha sobrevivido a la separación un instante siquiera (art. 3, número 1).

internacional, a que apruebe la indicación y a que rechacen el proyecto tal y como está, porque, si no, va a cargar en sus hombros que las mujeres y las niñas tengamos menos derecho y que esto pueda ser mal utilizado en un futuro. Muchas gracias, presidente.”

¹¹ Quienes sostenemos que la ley de aborto es injusta pensamos que el aborto no se justifica en ningún caso y que es correcto que mantenga su tipo delictivo del mismo modo en que se hacía antes de dicha ley, sin perjuicio de la ausencia de culpabilidad del sujeto activo (por inexigibilidad de una conducta alternativa conforme a derecho, o por inimputabilidad, o por falta de conciencia de la ilicitud). *Passim* Ossandón, Magdalena (2012): “Aborto y justificación”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, N°2. El tipo pierde sentido, desde la perspectiva del bien jurídico protegido por el delito, si se establecen excepciones a nivel de tipicidad. Ahora bien, dado que la ley no distingue, sólo cabe interpretar el tipo en el sentido señalado (lo que no influye hermenéuticamente sobre la cuestión de la personalidad del *nasciturus*). Cabe destacar, además, que esta interpretación de la ley de aborto en tres causales (es decir, la que sostiene que el aborto sigue siendo ilícito, una acción típica) es la que sostiene la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema, cfr. C.S., Vollrath con Hospital de Carabineros, Rol: 15.460-2019.

En la iniciativa, en cambio, se definía como un “ser humano en gestación” que fallece antes de su alumbramiento. Una primera aproximación nos podría dar a entender que la definición nueva señalaría al no nacido como una cosa. Ahora bien, nadie afirmaría que un cadáver es un ser humano, sino un conjunto de tejidos que carecen de unidad y coordinación entre sí; pues bien, el mortinato es un cadáver de un individuo de la especie humana antes de su nacimiento. En consecuencia, no repercute sobre la discusión jurídica acerca de la personalidad del *nasciturus*. La afirmación de que *algo* es un cadáver *hoy* no pugna con la afirmación de que *fue alguien antes* de morir. Además, cabe destacar que la fórmula para señalar a los mortinatos como “productos de la concepción” ya se encontraba en las normas de hospitales y clínicas privadas (art. 40, Decreto 161, Ministerio de Salud) y de cementerios (art. 49, Decreto 357, Ministerio de Salud), incluso antes de la ley de aborto en tres causales.

La última modificación agregó, en el inciso tercero del artículo 1, que la inscripción en el catastro “no implicará reconocer estatuto jurídico o derecho alguno al mortinato y no produce ninguna otra clase de efectos jurídicos en ningún ámbito”. Esto no sólo no pugna con la interpretación de la personalidad del no nacido, sino que es de toda lógica: dado que el mortinato es un cadáver, mal podría tener derecho alguno (a diferencia del sujeto que era antes de su muerte). En otras palabras, es de toda lógica establecer que el cadáver de quien ha muerto no tiene derechos. Por otra parte, no toma partido en la discusión doctrinaria en la materia, ya que no se afirma que el nonato no sea persona; en realidad, ni siquiera se afirma tal cosa del mortinato: sólo se dice que no se reconoce estatuto jurídico alguno al mortinato¹².

Por último, es fundamental hacer énfasis en un punto que fue considerado en la discusión del proyecto, sobre todo en su primer trámite constitucional: esta ley le otorga al no nacido un atributo de la personalidad, cual es el nombre. Este es el punto principal a favor de nuestra tesis: la ley reconoce que el no nacido fue alguien, no algo, pues le otorga un nombre. Por eso, pensamos que esta ley aporta un criterio hermenéutico de enormes proporciones, según el cual el *nasciturus* es persona desde su concepción¹³.

¹² Dicho sea de paso, no parece razonable establecer que no se reconoce “estatuto jurídico alguno” al mortinato, ya que el solo hecho de que exista un catastro oficial en el Registro Civil importa alguna suerte de estatuto jurídico, que además coincide con el que tienen los cadáveres humanos, como ya vimos (pues el proyecto es armónico con la normativa sobre hospitales o clínicas privadas y sobre cementerios).

¹³ Sin perjuicio de que, en ciertos casos expresados en la ley, el aborto no sea punible por ausencia de culpabilidad. Esta nueva luz hermenéutica cobra más importancia todavía para la discusión sobre el aborto libre, pues parecería a todas luces injusto permitir un homicidio sin expresión de causa que lo justifique o de circunstancias que excluyan la culpabilidad.