



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

*El derecho de identidad del mortinato en la
legislación vigente*

Cisterna, María Celeste

- Abogacía-

2018

INDICE

| | |
|---|----|
| Introducción general | |
| CAPITULO I: La persona..... | 8 |
| Introducción | |
| 1.1 La persona..... | 9 |
| 1.2 Derechos y atributos de la persona humana..... | 11 |
| 1.3 Concepción biológica y jurídica de persona humana | 12 |
| 1.3.1 Concepción biológica..... | 12 |
| 1.3.2 Concepción jurídica | 13 |
| 1.4 La persona en las Convenciones Internacionales..... | 15 |
| 1.4.1 Convención Americana de Derechos Humanos | 15 |
| 1.4.2 Convención Americana de los derechos y deberes del hombre..... | 16 |
| 1.4.3 Convención Internacional de derechos del niño | 16 |
| 1.4 La persona en los Tratados Internacionales. Artículo 75 inc. 22 CN y Leyes Especiales..... | 17 |
| Conclusiones parciales | |
| CAPITULO II: La identidad..... | 21 |
| Introducción | |
| 2.1 Concepto y alcance del derecho de identidad | 22 |
| 2.2 La identidad personal..... | 23 |
| 2.3 Derecho de identidad desde una perspectiva moderna | 24 |
| 2.4 Derecho de identidad del mortinato..... | 25 |
| Conclusiones parciales | |
| CAPITULO III: Regulación jurídica del mortinato. Consecuencias Jurídicas..... | 27 |
| Introducción | |
| 3.1 La regulación jurídica de la persona en la ley 26.061..... | 28 |
| 3.2 La regulación jurídica del mortinato en argentina y sus consecuencias | 29 |
| 3.3 Derecho comparado | 31 |
| 3.3.1 Derecho chileno | 31 |
| 3.3.2 Estado del vaticano. Doctrina Religiosa | 32 |
| Conclusiones Parciales | |
| CAPITULO IV: Protección jurídica del mortinato, importancia. Jurisprudencia | 35 |
| Introducción | |

| | |
|--|----|
| 4.1 Situación jurídica de los progenitores del mortinato | 36 |
| 4.2 Protección especial para el mortinato | 37 |
| 4.3 Proyecto de Ley en argentina..... | 41 |
| Conclusiones parciales | |
| Conclusiones finales | |
| Bibliografía | |

Resumen

El mortinato es considerado como aquella persona que muere en el vientre materno, es decir, persona por nacer que no logra venir al mundo con vida. Es por ello que el presente trabajo abordara el derecho de identidad de los mismos, debido al vacío en la legislación vigente puesto que Argentina protege a la persona desde su concepción, pero encuentra limitación en el nacimiento con vida para otorgarle los derechos que conforman la personalidad del nacido, esta se construye a partir del derecho al nombre, al apellido, a la integridad, es decir, el derecho a su identidad la cual fue uno de los ejes centrales que conllevaron a la implementación de la ley 26.994 Código Civil y Comercial.

El mortinato se convierte en una persona no inscripta en el registro civil y capacidad de las personas, por lo que trae aparejado un daño para los futuros padres del niño añorado atento a que no se encuentra humanizado el ordenamiento jurídico, ya que no protege a estas personas en estado de vulnerabilidad.

Con el presente se busca que el derecho avance a los fines de paliar el dolor que conlleva tener un hijo sin nombre.

Palabras claves: mortinato- derecho de identidad- persona por nacer- interés superior del niño- concepción.

Abstrac

The stillborn is considered to be the person who dies in the mother's womb, that is, a person who can not come to the world alive. That is why this work will address the right of identity of the same, due to the gap in the current legislation since Argentina protects the person from its conception, but finds limitation in the birth with life to grant the rights that make up the personality of the born, this is built from the right to the name, to the surname, to the integrity, that is to say, the right to its identity which was one of the central axes that led to the implementation of Law 26,994 Civil and Commercial Code.

The stillborn becomes a person not registered in the civil registry and capacity of people, so it brings with it a damage for the future parents of the child who is not aware that the legal system is not humanized, since it does not protect these people in a state of vulnerability.

With the present, it is sought that the right advance in order to alleviate the pain that comes with having a child without a name.

Key words: stillborn- right of identity- person to be born- higher interest of the child- conception

Introducción general

Al momento de enterarse una pareja que van a ser padres o incluso desde mucho antes, estos comienzan la búsqueda con mucha expectativa, amor de cómo será llamado su futuro niño o niña. En virtud de ello se produce una mutación en la forma de proyectarse como familia, pero todo ello se derrumba al momento en que llega la triste noticia de que eso que tanto habían añorado no será posible, puesto que el bebé muere adentro del vientre materno, todo ello conlleva a la decepción ya que su futuro bebe será considerado legalmente como “NN”.

En base a lo expuesto anteriormente, el presente trabajo final de graduación abordara la temática del derecho de identidad del mortinato en la legislación vigente ante el vacío legislativo en la misma, el cual partirá de lo que se entiende por persona por nacer y persona humana conjuntamente con el comienzo de la existencia de la persona, es decir, a partir de qué momento la persona es considerada como tal; el mortinato es definido como aquella persona que su deceso se produce dentro del vientre materno al cual no se le reconocen los derechos que constituyen su personalidad; busca responder a la pregunta ¿ Existe vacío legal o no respecto al derecho de identidad del mortinato?.

Alrededor del mundo existen múltiples proyectos de ley que buscan el reconocimiento del status jurídico del mortinato, los cuales buscan la aprobación para otorgarle fuerza de ley, es por ello que se parte de la hipótesis que afirma que existe vacío legal en la protección jurídica del mortinato, por lo que merece como sujeto de derecho, el reconocimiento del derecho de identidad.

El objetivo general de presente trabajo consiste en analizar si existe vacío legal en la protección jurídica del mortinato en consecuencia se establecen múltiples objetivos específicos los cuales consisten en: Analizar la regulación jurídica de la persona considerando a la persona por nacer y describir la normativa vigente sobre el comienzo de la existencia de la persona humana, es decir comparar cómo es la regulación de la persona en los ordenamientos jurídicos de la República de Chile, el Estado del Vaticano, en la Convención Internacional de derechos del hombre, la Convención Internacional de derechos del niño y la de derechos humanos con la situación jurídica de la persona que muere en el vientre materno (mortinato) en el ámbito del derecho chileno, Estado del Vaticano y en las Convenciones Internacionales a las cuales la República Argentina ha adherido; Analizar el derecho de la identidad de las personas por nacer en doctrina y legislación específica. Describir la regulación jurídica del mortinato en el ámbito

nacional; Explicar la importancia del reconocimiento jurídico especial a los mortinatos; investigar y analizar jurisprudencia sobre la temática en la actualidad.

A los efectos de sistematizar y brindarle claridad a la investigación, considerando lo anteriormente manifestado, es que se ha dividido la obra en cuatro capítulos, a saber: en el primer capítulo se abordarán aspectos generales de la persona entendida como persona humana desde la concepción, tal cual lo consagra nuestro ordenamiento jurídico, siendo necesario considerar a la persona por nacer. En el segundo capítulo se ahondará en la identidad en sentido amplio y específicamente en el derecho de identidad de la persona. En el tercer capítulo se pondrá énfasis en el análisis de la protección jurídica del mortinato en la legislación argentina, siendo relevante el derecho de identidad de este; para llegar al cuarto capítulo desarrollando específicamente el status jurídico del mortinato en la legislación argentina y la importancia del reconocimiento jurídico de las personas que mueren en el vientre materno.

Con el trabajo investigativo terminado, se dará paso a la exposición de las conclusiones a las que se haya arribado con el objetivo de que el lector pueda obtener de las mismas su propio criterio analítico e interpretativo de la regulación normativa vigente.

Con respecto a la metodología de investigación es dable destacar que se hará uso del método denominado descriptivo atento que el propósito del presente trabajo es analizar el instituto del derecho privado sobre el vacío legal en la protección jurídica diferenciada del mortinato y detallar cuáles son sus diferentes interpretaciones legislativas, doctrinarias y jurisprudenciales para así poder examinar el problema de la inscripción de los bebés fallecidos en el vientre materno en la regulación vigente, brindando una información lo más completa posible sobre el tema. Dicho lo anterior, la metodología utilizada es del tipo cualitativo, la misma está dirigida a la “exploración, descripción y entendimiento” de algún fenómeno o situación.

CAPITULO I: La persona

Introducción

En el presente capítulo se tendrá por objeto analizar las cuestiones generales de la persona, es decir, su concepto, sus atributos, derechos y su regulación en el derecho internacional; considerando a la persona por nacer.

1.1 La persona

Como plantea Pabón, (2010) la persona era definida por el ordenamiento jurídico como un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, determinando su comienzo de existencia desde la concepción en el seno materno. En la actualidad, el código civil y comercial de la nación ya no la define literalmente, sino que aparece regulada como aquella que comienza con la concepción otorgando condiciones para considerarla sujeto de derechos.

Al mismo tiempo, el código la distingue jurídicamente como personas de existencia visible o física y personas de existencia ideal o jurídicas. A las primeras las caracteriza como aquellas personas físicas que presentan signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, es decir es la persona humana. A las segundas, por el contrario, las definía como aquellos entes que han sido creados por las personas físicas o por la ley. Los dos tipos de persona disponen de atributos (cualidades que le son propias y que sólo ellas poseen), por ejemplo, el nombre, capacidad, domicilio, patrimonio (Medina Pabón, 2010).

Desde la perspectiva de Medina Pabón los atributos son aquellas propiedades o características de identidad propias de las personas físicas o jurídicas como titulares con derechos. Así, se dice, que son inherentes ya que se tiene sólo por el hecho de ser persona; son únicos, solo se puede tener un atributo del mismo orden. Son inalienables porque están fuera del comercio, no pueden transmitirse por medio de ningún acto ni negocio jurídico. Son imprescriptibles dado que no se adquieren ni se pierden por el mero transcurso del tiempo. Son irrenunciables ya que ni los titulares de estos atributos pueden renunciar a ellos unilateralmente ni la autoridad puede establecer sanción alguna que implique su eliminación; Son inembargables.

Y con respecto a los atributos de la personalidad ellos son el nombre, la capacidad, el domicilio, el patrimonio, el estado civil. En el presente trabajo se toma como referente el nombre como atributo que empieza a proyectarse desde el momento de la noticia del

embarazo por parte de los progenitores, relacionado directamente con el derecho de identidad ya que los padres comienzan a darle identidad al bebe que esperan y el primer reconocimiento de ello, es la elección del nombre de la criatura (Medina Pabón, 2010).

A partir de lo dicho, se toma en consideración la persona por nacer para explicar que el ordenamiento jurídico regula a la misma de manera clara, sin embargo, nada dice sobre ella cuando muere en el vientre materno.

Ahora bien, la persona por nacer es aquella que aun no habiendo nacido vive en el vientre materno. Desde siglos y en diferentes culturas el concebido no era considerado persona, reconociéndolo solo como parte de la madre; por eso solo se consideraba persona a aquella que se desprendiera del vientre, aquella que diera suspiros de vida fuera del cuerpo de la madre.

En la actualidad, muchos de los ordenamientos jurídicos del mundo, incluso el de Argentina justifica que existe vida antes del nacimiento, en virtud de lo cual se legisla, por ejemplo, sobre el aborto (tema que no será tratado en este trabajo) pero sosteniendo que dicha persona no posee autonomía e individualidad como para considerarla como tal.

Es verdad que la persona por nacer no posee aquellas cualidades, pero la persona fuera del vientre, y por mucho tiempo de su existencia tampoco las posee, y en virtud de esto, es que se legisla sobre la representación de los padres sobre los hijos, por ejemplo. Por eso cuando se nombran estas dos cualidades tan importantes se las menciona desde la posibilidad de actuar, de alimentarse, de ejercer por si actos de la vida civil; ya que el concepto de autonomía e individualidad en sentido amplio hace referencia a ser un sujeto distinto genéticamente a otro¹.

Sin necesidad de ahondar mas sobre este tema, es que se sostiene que la persona por nacer tiene derecho a la vida, el cual debe ser reconocido desde la fase embrionaria y protegido como sujeto de derecho que es, donde el feto sea considerado un ser vivo digno de derechos humanos los cuales pueden reclamarse a través de sus representantes, ya que es una vida en dependencia notablemente.

En definitiva, el Código Civil y Comercial sostiene que el comienzo de la existencia de la persona humana es desde la concepción, por lo tanto, es dable considerar a la persona por nacer como persona humana sin tener que distinguirlas, y por ende considerar a la persona fallecida en el vientre como una vida que existió y por lo tanto es digna de llevar un nombre y quedar registrada.

¹ UNESCO, (2005) "Declaración universal sobre bioética y derechos humanos" Extraído el 24.10.2018 de portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

1.2 Derechos y atributos de la persona Humana

Los derechos de la persona humana están garantizados por la Constitución Nacional Argentina, por los Tratados de Derechos Humanos y por las Convenciones Internacionales. No obstante, los mismos fueron consagrados gracias a las luchas sociales a lo largo de la historia, a los avances científicos, a la propia evolución de la sociedad, en sus relaciones sociales, específicamente propio de los cambios culturales de cada época.

Se consideran derechos de las personas el derecho a la vida, derecho a la integridad personal, derecho a la igualdad, derecho a la libertad, derecho al honor, a la vida privada y la información; Derechos políticos; Derechos de asilo, nacionalidad, migraciones y extranjería; Derechos en relación a la Administración de justicia, derechos de Seguridad social; Derecho a la Salud; derecho a la Educación; derecho a un nivel de vida adecuado y medios de subsistencia; derecho a un medio Ambiente sano; derechos en relación al empleo (derechos laborales), derecho de identidad (Borda, 2004). Este último primordial en el desarrollo de este trabajo, ya que se considera que esta integrado por todos los demás derechos.

De acuerdo con el autor Medina Pabón, J.E (2010) los atributos de la persona son aquellas características de identidad propia de las personas físicas o jurídicas como sujetos de derechos, por lo que revisten carácter fundamental ya que ellos integran la dignidad humana, y, por ende, son inherentes a toda persona por el solo hecho de serlo, siendo únicos, inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables².

Ellos son el nombre, el cual en las personas físicas corresponde al conjunto de letras y personalidad que sirven para identificar e individualizar a una persona; la capacidad, como la aptitud que tienen las personas físicas para ser sujetos susceptibles de relaciones jurídicas; el domicilio, que se refiere al lugar de permanencia del individuo; la nacionalidad, como vínculo jurídico que tiene una persona con uno o varios Estados determinados y el patrimonio, como conjunto de derechos y obligaciones que son susceptibles de valorarse económicamente, entre otros³.

La legislación vigente sólo otorga derechos, y, por ende, reconoce dichos atributos, a partir del nacimiento con vida, pero de acuerdo a las características

² Medina Pabón, J.E (2010). "Derecho Civil, aproximación al derecho- derecho de personas". Sustraído el 16.10.2018 de <http://repository.urosario.edu.com>

³ Medina Pabón, J. E (2010)" Aproximación al Derecho. Derecho de Personas. Bogotá: Universidad del Rosario. pp. 575-576.

mencionadas de los atributos en el primer párrafo, no es posible negarlos, ya que se adquieren desde la concepción, otorgando al embrión una identidad desde su primer momento de ser vivo, lo cual no se puede borrar, eliminar, olvidar por nacer sin vida, sino, por el contrario, el ordenamiento debería reconocerle a la persona por nacer la titularidad de los mismos desde ese momento, porque son atributos que hacen a la dignidad de la persona y, por ende, tienen fuerza como tales.

Suprimirlos sería un ataque a esa dignidad, lo cual lejos está de fomentar la protección de los derechos humanos consagrados en nuestros pactos internacionales como así prescriptos en nuestra constitución nacional.

Reconociendo a la persona por nacer, se sostiene que ésta goza de derechos humanos fundamentales que se adquieren desde su concepción hasta su muerte, incluso luego de la misma.

Ahora bien, cabe interrogarse ¿cuáles son los derechos de las personas por nacer? Sin duda, será el derecho a la vida, a la identidad, a la salud, entre otros, los cuales se ven materializados en la protección legal que prescriben los convenios internacionales ratificados por la Argentina.

1.3 Concepción biológica y jurídica de persona humana

1.3.1 Concepción biológica

De acuerdo con Francesco d'Agostino (2003) el embrión es lo que representa la primera etapa de vida de un ser humano; ya sea concebido de forma natural o por técnicas de reproducción humana asistida, ya que la concepción artificial no altera la naturaleza biológica del embrión.

En biología, está claro que, el embrión se forma cuando existe un ente biológico con capacidad genética individual que permita un inicio de desarrollo real; por lo tanto, es con la primera manifestación de vida, es decir, con la fecundación de los gametos femenino y masculino, ya es un embrión de una célula.

Las áreas de conocimiento de las ciencias biológicas coinciden en que el comienzo de la vida humana se da con la concepción por lo que cuando se habla de persona humana

se hace referencia a un ente de estructura compleja, es decir, un ser racional, libre, autónomo y con fines específicos⁴.

Dicho esto, los elementos constitutivos de la persona humana son los que le dan vida y forma al Estado ya que estos, emanan las características de la persona, y, por ende, las garantías individuales que el Estado debe de procurar aceptar y proteger. No se puede hablar de Estado si no hay justicia en donde se proteja la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona.

Andorno R. (1993) nos dice que según esta concepción, la persona humana es categorizada como especie humana desde una visión científica y evolutiva que recoge los postulados presentes en la obra de Charles Darwin, donde esta especie es una más en la evolución biológica de los organismos vivos de la tierra (Charles Darwin, 2009), fruto de un conjunto de combinaciones de causas materiales y azarosas; la cual es el resultado de una gran encefalización, que posibilita el uso de herramientas y la comunicación lingüística⁵.

Se puede visualizar entonces que, biológicamente existe persona siempre y cuando exista vida.

1.3.2 Concepción jurídica

Según Talciani Hernán C. de la Revista *Ius et Praxis* (2005) la evolución en la historia del derecho del concepto jurídico de persona se puede sintetizar, en muy grandes rasgos, en cuatro etapas fundamentales: en la primera, el término es sinónimo de hombre, sobre todo en cuanto a su actuación social (la máscara del "prósopon" griego). En Roma, por ejemplo, se consideraba persona al esclavo, aun cuando no se les reconocía ninguna aptitud para adquirir derechos y sea, jurídicamente tratado como cosa.

Siguiendo al autor, a raíz de las discusiones teológicas, en la antigüedad, el termino persona adquiere un significado específicamente filosófico para hacer referencia a la sustancia de naturaleza intelectual (predicable primero respecto de las

⁴ D'Agostino, F. La Bioética, las Biotecnologías y el problema de la identidad de la persona En Jouve, N, Gerez, G., y Saz, J. M. (coord.) "Genoma Humano y Clonación: perspectivas e interrogantes sobre el hombre", Alcalá de Henares, Aula Abierta, 21, Universidad de Alcalá, I.S.B.N. 84-8138-551-4, Alcalá de Henares, pp.143-152 (2003).

⁵ Andorno R (1993) "¿El embrión humano merece ser protegido por el Derecho?" Cuadernos de bioética. Recuperado el día 15 agosto 2018 de <https://www.bioeticaweb.com>.

relaciones de Dios Uno y Trino, luego a Cristo: dos naturalezas en una sola persona, hasta eludir al ser humano, considerado "substancia individual de naturaleza racional".

En un segundo momento, el término persona comienza a adquirir un significado propiamente jurídico: pero aquí no aparece vinculado a la concepción de persona como sustancia, sino al uso no técnico de la expresión en cuanto designa el rol jurídico-formal que un individuo o colectividad ocupa en el entramado de relaciones sociales⁶.

Por ende, el autor dice que, con la Revolución Francesa, la persona era definida desde un punto de vista filosófico basado en los principios que ella consagró; pero posteriormente con la dogmática jurídica el concepto de persona humana está vinculado al concepto de derecho subjetivo, ya que para que exista tal derecho es necesario contar con un titular, es decir con un sujeto- persona con aptitud entendida como capacidad para adquirirlos (Talciani, 2005).

A partir de aquí, es necesario reconocerle personalidad jurídica a todo ser humano, por pertenecer a la raza humana, con conciencia y aptitud, basado no solo en estas características que la hacen única sino por estar consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos que "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica"⁷.

En consecuencia, el ser humano tiene dignidad y es un fin en sí mismo, a diferencia de las demás razas del mundo. Por tanto, todo ser humano es persona. Si esto es así, toda persona tiene derecho a que el orden jurídico exija a los demás un respeto incondicionado por su propia existencia (Talciani, 2005).

Hoy, el Código Civil y Comercial ya no define a la persona literalmente, sino que en el capítulo I aparece regulada la persona humana como aquella que comienza con la concepción, y luego regula una serie de supuestos que hacen de la persona un sujeto de derechos, denominando a la persona como persona humana, entendida como aquella que es formada a partir de la concepción (López De Zavalia,2011).

En síntesis, bajo la perspectiva de los autores antes mencionados, se deduce que, desde el punto de vista jurídico, la persona desde su concepción es un sujeto de derecho.

⁶ Hernán Corral Talciani - Revista Ius et Praxis, (2005) "El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida". 11 (1): 37 – 53. Extraído el 16.10.2018 de <http://www.redalyc.org>.

⁷ Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica. Extraído el día 12.10.2018 de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_10_convencion_americana_d_dhh.pdf

1.4 La persona en las Convenciones Internacionales

1.4.1 Convención Americana de Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1984) aprobada como Ley N°23.054, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, establece que persona es todo ser humano y le reconoce el derecho a que se respete su vida, la cual está protegida por la ley al momento de la concepción⁸.

De acuerdo a la letra de la Convención, claro está, que el reconocimiento de la persona tiene origen desde su concepción, lo cual parece lógico, ya que, de lo contrario, existiría una contradicción legal en el ordenamiento jurídico vigente. Lo dicho, permite indagar acerca de cuál es la situación jurídica de los mortinatos en la Convención de derechos humanos, situación que aún no tiene respuesta.

Siguiendo con el tratamiento de la Convención y haciendo alusión a su articulado, el cual sostiene que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral es que se plantea la necesidad de extender el sentido y alcance de este derecho; para entenderlo desde una visión más amplia, la cual permita definir e interpretarlo desde la concepción hasta después de la muerte de la persona. De este modo serviría de puntapié para plantear que la dignidad de la persona humana tiene que ver con todas aquellas prerrogativas que adquirimos desde la concepción y que subsisten hasta después de la muerte como es el caso del nombre, de un status en sentido formal (ya sea nacido o fallecido), entre otras⁹.

Es necesario aclarar que en el articulado también se da protección a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo cual debe ser protegida por la sociedad y el Estado, como así también, se regula el derecho al nombre, al niño entre otros, lo que permite entender la importancia de resaltar esta normativa, ya que es posible reconocerle al mortinato el derecho de identidad, y todo lo que conlleva reconocerle ese derecho, por el solo motivo de haber sido persona desde su concepción dejando en evidencia la necesidad de otorgarle reconocimiento al mortinato basado en el concepto de dignidad humana, no solo haciendo referencia al no nato sino a la familia integrada

⁸ Artículo 1 ley 23054: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas ó de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

⁹ Artículo 4 Ley 23054: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

por personas, que, desde el primer momento de la mala noticia de la muerte de su niño en el vientre materno, ven vulnerada su dignidad humana como sujetos de derechos, por considerar, que ese niño que crecía en ese vientre ya les era parte desde mucho antes de saber clínicamente que estaba en camino.

1.4.2 Convención Americana de los derechos y deberes del hombre

La Convención de derechos y deberes del hombre considera que los pueblos americanos le han dado a la persona humana su dignidad, y considera que las constituciones nacionales protegen los derechos esenciales del hombre y la creación de situaciones que le permiten espiritual y materialmente y así alcanzar la felicidad¹⁰.

Por lo tanto, el reconocimiento del mortinato sería de gran avance en materia legal, social y por, sobre todo, cultural; ya que se destacaría que dicho reconocimiento es símbolo de creación de circunstancias que permite progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad como lo recepta la convención americana de derechos y deberes del hombre de la cual somos parte.

Este cuerpo normativo como el anterior, plasma las luchas sociales que a lo largo de la historia se han suscitado y que han forjado el reconocimiento de los derechos antes descritos.

La Convención americana de derechos y deberes del hombre recepta el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona, la igualdad ante la ley, el derecho a la protección de la honra, de la vida privada y familiar, la libertad religiosa y de culto, en fin, derechos que son fundamentales ya que permiten posicionar a la persona como sujeto de derechos y no como cosa.

1.4.3 Convención Internacional de derechos del niño

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) sostiene que es niño todo aquel ser humano desde la concepción y hasta que cumpla 18 años de edad¹¹.

El interés superior del niño es un principio que posee jerarquía constitucional a partir del año 1994 con la reforma de la Constitución Nacional. Este si bien no posee una

¹⁰ Artículo 1 Declaración americana de los derechos y deberes del hombre.

¹¹ Ley N° 23.849; Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

definición legal específica, el artículo 1 de la Ley 26.061 (Ley protección integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes) dice que todos los derechos asegurados en ella junto con el principio de interés superior del niño poseen máxima exigibilidad. Es decir, que en el caso que exista laguna legal, se tendrá a prevalecer la existencia de este principio siempre que amplíe u otorgue derechos en favor del niño (Solari; 2013).

Uno de los artículos a destacar en la CDN es el artículo 7 el cual establece que los niños tienen derecho a ser inscriptos con un nombre, a adquirir nacionalidad y en lo posible a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, es aquí donde se centra el objeto del problema del derecho de identidad del mortinato, puesto que, si no nace con vida, ese niño pierde esos derechos, considerado como que nunca existió; por lo tanto, el interés superior del niño debería configurar el punto de partida para salvar el vacío legal existente en el ordenamiento jurídico hoy.

Los estados partes de la Convención se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad¹².

1.4 La persona en los Tratados Internacionales. Artículo 75 inc. 22 CN y Leyes Especiales

La persona por nacer está contemplada en el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional cuando establece que será facultad del Congreso Nacional dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización de la lactancia. En los Tratados Internacionales que el art. 75, inc. 22 incorpora a la Constitución tenemos expresos reconocimientos de la personalidad jurídica de todo ser humano desde su concepción. Por ley 23849, al ratificar la Convención de los Derechos del Niño, la República Argentina declara que entiende por niño “todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”. Entre otras, podemos mencionar las siguientes leyes que se refieren a la persona por nacer: Ley 24.901 (1997), que establece el sistema de

¹² Artículo 8 Convención de los derechos del niño.

prestaciones para las personas con discapacidad desde el momento de la concepción; el art. 9º de la Ley 24.714 (1996) de Asignaciones Familiares que regula la asignación prenatal desde el momento de la concepción hasta el nacimiento del hijo.

El Código Civil y Comercial de la Nación, por su parte, dispone en el artículo 19 que el comienzo de la existencia de la persona humana comienza con la concepción. Pero así mismo sostiene que el concebido adquirirá derechos y obligaciones irrevocablemente si nace con vida, presumiendo dicho hecho y considerando a aquel que no nace con vida como si nunca existió. Al respecto, estas disposiciones pueden entenderse como negatorias de la personalidad del concebido, a pesar que doctrinariamente se entiende que no debe entenderse así, justificado en que su origen se vincula con evitar fraudes sucesorios. De allí que los derechos a los que hace referencia la norma sean los derechos de contenido patrimonial. Así, por ejemplo, si a tenor del artículo 665 una madre hubiera percibido alimentos por un hijo por nacer que finalmente nació muerto, el padre no podría alegar que ese hijo nunca existió y reclamar la devolución de tales sumas.

Otros artículos del Código Civil y Comercial que ratifican la plena personalidad del concebido cuando se refieren a la capacidad de ejercicio de las personas por nacer; cuando se los reconoce a los padres como representantes de sus hijos o cuando se permite el reconocimiento de un hijo por nacer.

Los tratados reconocen la inviolabilidad de la vida humana quedando constitucionalmente determinado el preciso momento en el cual comienza la tutela del mismo, la concepción.

Vidal E, (2018) hace mención a la de la normativa provincial de Córdoba en relación a la persona por nacer; la que sufrió modificaciones luego de la reforma de 1994 y, por lo tanto, establece la vida desde su concepción sosteniendo que la dignidad y la integridad física y moral de las personas son inviolables, con especial protección del embarazo en relación con las condiciones laborales. Esto es de suma trascendencia, ya que en la legislación provincial es posible la adhesión a la creación del seguro de salud materno infantil, que tiene por objeto atender en forma integral y universal a la mujer embarazada brindándole cobertura médico asistencial, y la asignación por embarazo para la protección social que instituye esta prestación, para ser abonada a la mujer embarazada

desde la décimo segunda semana de gestación hasta el nacimiento del niño o la interrupción del embarazo¹³.

Para agregar, Córdoba a través de la Ley 7970 prevé la creación del Banco Integral de Datos Materno Infantil que llevará el registro de las mujeres embarazadas que se encuentren en riesgo biológico o socioeconómico. En conclusión, como hemos visto, el ordenamiento jurídico argentino entendido como un todo entre la nación y las provincias es sumamente rico en cuanto a la consagración formal de derechos y su instrumentación con efectiva garantía e implementación en la práctica en la mayoría de los casos, dando así respuesta al mandato expresado en la Constitución Nacional.

Conclusiones parciales

Se considera persona a aquella que tiene su comienzo de existencia desde la concepción. La misma, posee características y atributos por el solo hecho de ser persona, lo cual lo diferencia de cualquier otra raza.

La persona por nacer es aquella que aun no habiendo nacido se encuentra en el vientre materno, producto de la unión de gametos femeninos y masculinos generando la concepción en el vientre materno. Dicho esto, a la persona por nacer se le reconocen todos los derechos consagrados por los tratados internacionales, siendo importante resaltar el derecho a la vida y a tener un nombre como derechos inseparables del derecho de identidad, el cual, es de gran importancia en la protección de la dignidad de la persona humana.

Desde la concepción jurídica claro está que la persona existe desde la concepción la cual solo va a adquirir derechos y obligaciones si nace con vida; por lo que desde este primer concepto el ordenamiento se pone en contradicción al regular a la persona por nacer, ya que le niega identidad si muere en el vientre materno.

Tanto en los Tratados Internacionales como en la Constitución provincial de Córdoba se le da el mismo reconocimiento, y se va más allá, se habla del rol del Estado como garante de derechos de la seguridad social que van desde el embarazo hasta la finalización del periodo de lactancia. Por lo que se llega a concluir, parcialmente, que existe una ficción jurídica en la protección de la persona como tal, ya que por momentos

¹³ Vidal, E. 2 marzo (2018). "Persona por nacer: ¿qué dicen las constituciones y leyes provinciales?". Microjuris. MJ-DOC-12748-AR | MJD12748.

habla de persona desde la concepción, pero después la niega si no se produce un minuto de alumbramiento. Por ende, se debe precisar si se le reconoce identidad a la persona desde su concepción y, por ende, una protección especial al mortinato, o se le elimina el reconocimiento jurídico a la persona por nacer siendo consciente el legislador que existiría una laguna jurídica aún mayor.

CAPITULO II: La identidad

Introducción

El presente capítulo aborda la identidad en sentido amplio siendo tema relevante el derecho a la identidad como aquel derecho humano fundamental consagrado no solo por la carta magna sino también por los Tratados Internacionales; para luego abordar el derecho de identidad del mortinato a la luz de nuestra legislación vigente conjuntamente con la posición de los autores respecto a esta.

2.1 Concepto y alcance del derecho de identidad

El concepto de derecho de identidad fue reconocido a partir de la segunda guerra mundial, y, por ende, se establece una concepción moderna de este, que apunta al reconocimiento desde una doble mirada: por un lado, la identidad entendida como identificación física, biológica o registral de un sujeto, donde principalmente se hace referencia al nombre, los datos de nacimiento, entre otros; y por el otro, referido a la verdad personal o proyecto de vida de cada sujeto. Delgado Menéndez (2016)¹⁴.

A partir de ello, es que se sostiene que el derecho de identidad es un derecho humano fundamental oponible erga omnes, es decir, se trata de un derecho que no puede ser violado ni reconocido parcialmente o discriminatoriamente. Además, preexiste como parte inseparable de la dignidad humana, es decir, por el solo hecho de ser persona. Por lo tanto, es de primordial importancia remarcar que este derecho se adquiere desde la concepción sin límites, lo cual, aun en la situación de morir en el vientre materno no elimina la adquisición de los aspectos más básicos que integran tal derecho, como lo es el nombre, la registración; ya que no solo se le reconoce al mortinato sino también a los progenitores (Menéndez, 2016). Es decir, estos últimos pueden exigir, como representantes de la persona por nacer o del del mortinato, los derechos básicos que como persona desde la concepción se le deben respetar, más allá que físicamente ya no exista. Esto sin ánimos de reconocer derechos patrimoniales como los hereditarios, por ejemplo, sino con la intención de no desconocer la vida que existió y la proyección de la misma generada sobre sus progenitores.

En síntesis, es relevante hablar del derecho a la identidad como un derecho humano por el cual todas las personas desde la concepción, tienen derecho inalienable a

¹⁴ Delgado Menéndez, María del C. (2016). "El derecho a la identidad: una visión dinámica" recuperado de: tesis de la autora en la Universidad del Perú- 10-10-2018.

contar con los atributos, datos biológicos y culturales que permiten su individualización como sujeto en la sociedad y a no ser privados de los mismos.

Según Massaccesi (2007)¹⁵ el derecho a la identidad es un derecho humano que comprende el derecho a un nombre propio, a un apellido, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad.

Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad deviene de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, siendo el Estado garante de todos ellos.

La identidad de un ser humano está constituida por el genoma en vínculo con el ambiente siendo un derecho personalísimo, que tiene jerarquía constitucional, que requiere una protección individual debido a la vulneración que en la actualidad sufre por los avances de la sociedad, la cual lo hace obsoleto en su definición, derivando un vacío legal preponderante (Massaccesi, 2007).

Dicho esto, el derecho de identidad se constituye sobre la base de ciertos principios: preclusión y dignidad. Las lagunas en la legislación interna para el ejercicio efectivo del derecho de identidad, generan una situación que dificulta o impide el goce a derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que atacan los principios de igualdad ante la ley (Massaccesi, 2007).

Por lo tanto, la persona humana para construir su identidad personal además de requerir datos objetivos y certeros requiere del reconocimiento del ordenamiento jurídico para su exigibilidad.

2.2 La identidad personal

Como fue mencionado anteriormente, la persona desde la existencia de la vida se identifica cómo ser racional, libre e inteligente al mismo tiempo que como sujeto de derecho al cual, la sociedad en la que habita le confiere atributos distintivos (Moriconi, 2011)¹⁶.

Desde la perspectiva jurídica toma trascendencia entonces preguntarse sobre ¿Qué es la identidad personal? Para las autoras Maria Carmen Cerutti y María Carmen

¹⁵ Massaccesi R. “El derecho de identidad”. Extraído el 10-10-2018 de: <http://ccycn.congreso.gob.ar> <http://www.corteidh.or.cr/>

¹⁶ MORICONI, A (2011) “La identidad personal. Un derecho que aguarda su pleno ejercicio”. Revista IN IURE [en línea] 1 de Mayo de 2011, Año 1, Vol. 1. pp.34-41. Recuperado (24/10/2018), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

Plovanich¹⁷, la identidad personal es un concepto que, al menos en nuestro país, no se encuentra concluido pero que está compuesto tanto de elementos dinámicos como estáticos, y es comparable a la postura del jurista Carlos Nino¹⁸ respecto a los derechos fundamentales.

A propósito de estos últimos, el autor propone tres principios morales de los cuales se derivan los derechos básicos, a saber: Principio de la inviolabilidad de la persona, de la autonomía de la misma y de su dignidad (NINO, 1989).

Más allá de la conceptualización de estos principios, dichas aproximaciones del término de identidad personal a la noción de derecho básico y fundamental, permite, aludiendo al art. 33 de la Constitución Nacional Argentina (CN), reflexionar sobre la posibilidad de interpretar identidad personal como un derecho implícito, devenido de distintas fuentes reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico tales como el art. 75, inc. 19¹⁹, inc. 22, inc. 23 de la CN; art. 6 y 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 5.1, art. 17.1 y art. 18 de la Convención americana sobre los derechos humanos, entre otros.

En conclusión, desde la perspectiva jurídica la identidad personal se traduce en un derecho inherente a la persona humana y la habilita al ejercicio pleno de sus derechos. Entendiendo al sujeto no solo desde su perspectiva personal, sino también como elemento naturalizado de un conjunto social, vinculado a un origen cultural y filiatorio.

2.3 Derecho de identidad desde una perspectiva moderna

La importancia de abordar este derecho desde una perspectiva moderna significa cubrir los vacíos de la legislación jurídica vigente, ya que en la misma la protección de este derecho se plasma mas como una ficción jurídica que como una realidad; y esto es así desde el momento en que se define el comienzo de la existencia de la persona humana desde su concepción, considerando que, frente a la causal de fallecimiento dentro del vientre materno de la persona, como si nunca existió. Por lo tanto, es de suma importancia considerar a la persona desde la concepción como aquella que posee aptitud para gozar

¹⁷ CERUTTI, Ma. y PLOVANICH, Ma. "Identidad Personal", XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil [en línea] extraído el día 24/10/2108 de file:///C:/Users/Usuario/Downloads/identidadpersonal.pdf

¹⁸ Nino, Carlos S.: Ética y Derechos Humanos. 2da.edición, Bs.As., Astrea, 1989, pág. 46.

¹⁹ Artículo 75 inc. 19, 22, 23 Constitución Nacional.

del derecho a la identidad entendido no solo desde una noción biológica por el reconocimiento de los gametos, las células embrionarias, sino también como sujeto de derecho, el cual, desde el minuto uno de vida (la concepción) tiene derecho a un nombre y a ser registrado ya sea como persona viva o fallecida.

Además, se les garantiza a los progenitores, también, su derecho de identidad como padres, al verse vulneradas sus proyecciones de formar una familia con el hijo que viene en camino parte fundamental desde la segunda visión del concepto de derecho de identidad, dando primacía al artículo 14 de constitución nacional que consagra la protección integral de la familia, vínculo que requiere tutela por la figura de la voluntad procreacional.

2.4 Derecho de identidad del mortinato

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación sostiene que la identidad de una persona es un proceso que comienza antes del inicio de su vida y se prolonga más allá de su muerte, por lo tanto, no queda definido el dato biológico de su existencia física, sino que incluye todos los aspectos que la integran como ser humano. Abarca tanto su inscripción en el seno de una familia y la asignación de un nombre propio, como su inserción dentro de una comunidad, con todo lo que tiene que ver con su cultura²⁰.

El derecho a la identidad puede considerarse parte constitutiva de otros derechos fundamentales como el derecho a la personalidad y el derecho a la integridad personal, psíquica y moral.

También el derecho a la identidad surge de la protección consagrada normativamente a la familia²¹. Se obliga al Estado, como garante de derechos a proteger a la familia como núcleo fundamental de la sociedad dado que, como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano.

Cuando se habla de persona por nacer, ya se ha dicho, que la misma es aquella que aun no habiendo nacido vive en el vientre materno, siendo reconocida como sujeto

²⁰ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. "Material para la Prensa" material sustraído el 12-10-2018 de: http://www.jus.gov.ar/media/1020556/recursos_period_06_ddalaidentidad.pdf

²¹ Art. 17 inc. 1 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos; el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Humanos; art. 23, inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre).

de derecho, ergo, debiendo ser protegida por la legislación civil, adquiriendo derechos y garantías.

En lo que atañe a los derechos del mortinato, una vez más, se sostiene que estos no tienen derechos aun reconocidos en argentina, negándosele el derecho de identidad; cuestión que atacamos fundamentalmente, ya que expresa un vacío legal, un freno en la evolución social, una contradicción jurídica, haciendo de la norma una ficción jurídica.

Conclusiones parciales

El no reconocimiento de la identidad personal del mortinato, no sólo vulnera y desnaturaliza los derechos implícitos del mismo, sino también de su origen, sus progenitores y su contexto social.

Es importante abordar el derecho de identidad desde una visión moderna, ya que permite estar jurídicamente a la altura de la realidad social; no solo por reconocer al mortinato como sujeto de derecho desde la concepción, que habiendo no nacido adquirió identidad desde el primer momento y como consecuencia no pierde ciertos atributos por nacer sin vida, sino también, porque se le reconoce y principalmente se les protege a los progenitores, su derecho de identidad en sentido amplio, ya que ese niño que se fecundo y vivió en el seno materno es parte de su identidad como seres humanos, como padres y principalmente como familia; lo cual hace, visible una de las características de este derecho tan importante como es la proyección social de una persona para con el mundo.

**CAPITULO III: Regulación jurídica del mortinato.
Consecuencias Jurídicas**

Introducción

En el tercer capítulo se analiza la regulación jurídica del mortinato y sus consecuencias para ir respondiendo a la pregunta de investigación del presente trabajo la que lleva a otorgarle fuerza a la hipótesis del mismo. Para ello, se analiza la regulación jurídica de la persona por nacer en la ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes y la regulación jurídica del mortinato en argentina para luego compararlo con el derecho extranjero.

3.1 La regulación jurídica de la persona en la ley 26.061

La ley 26.061 protege los derechos de las niñas, niños y adolescentes y le garantiza el ejercicio permanente de aquellos derechos en la legislación nacional y en los tratados internacionales; siendo ellos consagrados bajo el principio del interés superior de niño, el cual asegura su plena satisfacción respetando la condición de sujeto de derecho como así también, el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta, respetando el pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural, su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales²².

Esta ley es vista desde un enfoque integral sobre la protección de niñas, niños y adolescentes y sus familias, formando un instrumento legal que cumple con las disposiciones de la Convención de derechos del niño mediante el establecimiento de procedimientos explícitos que las entidades de atención y protección públicas y privadas y los ámbitos judiciales deben respetar, cubriendo el vacío presentado en nuestra legislación interna desde el dictado de la Convención Internacional sobre los derechos del niño.

Como se prescribe en dicha ley, se le exige al país que la ha ratificado la adopción de todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención, donde se establece la necesidad del legislador de apelar a la función simbólica, pedagógica y política a fin de promover la

²² La ley 26.061 de protección integral de niños, niñas y adolescentes.

aceptación social y cultural de la nueva forma de la infancia, y una Observación particular: es la de elevar o consagrar Standard mínimos de los derechos y principios como es el interés superior, el rol protagónico de la familia en la crianza de los/as niños/as o adolescentes, el rol subsidiario del Estado a efectos de prestarle la ayuda y asistencia necesarias para que pueda asumir y desarrollar sus funciones, el de efectividad.

Entre los derechos enumerados en la ley, el derecho a la vida es el que aquí importa ya que su estrecha vinculación con el derecho a la integridad personal incluido el derecho a la dignidad humana lo cual implica que el Estado debe respetarlos adoptando todas las medidas para protegerlos. A partir de ello, es que el Estado no es solo garante desde la letra normativa, sino que debe y es necesario su actitud positiva, debiendo considerar a la persona en sentido amplio, por ende, proteger a la persona desde el seno materno vaya a o no a nacer.

Dicho esto, el análisis de esta ley es fundamental a la hora de abordar la temática del derecho de identidad del mortinato, ya que la misma, tiene como eje central el interés superior del niño, principio que regla el derecho de identidad de la persona, siendo necesario abordarlo desde el inicio de existencia de ella, para lo cual, permite comprender que más allá de la causal de fallecimiento del niño, este principio se consagró desde la concepción, y permite reconocerle mínimamente, el derecho a un nombre y su inscripción dando lugar a una regulación especial del mortinato cubriendo el vacío en la legislación.

3.2 La regulación jurídica del mortinato en argentina y sus consecuencias

El portal del gobierno de la provincia de Córdoba sostiene que la defunción fetal es la muerte ocurrida con anterioridad a la expulsión completa o extracción del cuerpo de la madre de un producto de la concepción, cualquiera que haya sido la duración del embarazo; la defunción se señala por el hecho de que, después de tal separación, el feto no respira ni muestra cualquier otro signo de vida, lo que hace que se lo denomine en este trabajo de investigación mortinato²³ .

De acuerdo con el ministerio de salud de la nación, en 1950 la organización mundial de la salud definió la muerte fetal como “la muerte antes de la expulsión completa

²³ Portal del Gob. de la provincia de Córdoba. (2018). Material sustraído el 15-10-2018 de: www.deis.gov.ar/definiciones.htm

de su madre de un producto de la gestación independientemente de la duración del embarazo; el feto no respira o muestra algún signo de vida²⁴. A comienzos de año, una edición especial de la revista *The Lancet*²⁵ se ocupó de la muerte intrauterina. Un relevamiento de información de 186 países, incluida la Argentina, dio cuenta de su magnitud: 2,6 millones de bebés en gestación mueren por año en el mundo, con la mitad de los casos durante el trabajo de parto y el nacimiento. En el país, la estadística habla de que la muerte fetal representa el 0,45% de los nacimientos anuales. Nada más ni nada menos que alrededor de 14 casos por día.

Por esto, es que el ministerio de salud de la nación, considera que una mejor calidad de la atención médica y la disminución de la pobreza permitirían evitar la mayoría de los casos. El problema es que de eso no se habla ni se registra. De hecho, en el año 2016 se presentó en uno de los salones de la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley para crear un registro de defunciones fetales dentro de la ley del Registro Nacional de las Personas. Fue, según se anticipó para ese 8 de marzo, una forma de homenajear a las mujeres "que recibieron a sus hijos como N.N., dentro de una caja de cartón o que, incluso, fueron tratados como residuos patológicos".

Para definir el estado jurídico de la persona que muere en el vientre materno se hace alusión a la normativa vigente la cual sostiene que aquella persona que no nace con vida se considera como que nunca existió. En referencia a lo dicho, se determina que en la actualidad las personas fallecidas en el vientre materno, mortinato, no tienen estado jurídico, lo cual, lejos está de reconocerles derechos y mucho menos pensar en la situación de los progenitores frente a esta causal. Por lo dicho, se sostiene que existe una ficción jurídica en nuestro ordenamiento la cual se ve manifiesta en la prescripción del artículo 19 y 20 del código civil y comercial de la nación cuando sostiene que el comienzo de la existencia de la persona humana se da desde la concepción no considerando tal situación si no nace con vida.

Para no acotar su tratamiento aquí, ya que la finalidad del trabajo es plantear la necesidad de que se le reconozca un estatus jurídico, o más bien, que la sociedad de Argentina reconozca que el mortinato es una persona que vivió en el seno materno desde

²⁴ Estadísticas vitales (2015). "Información básica Argentina". Ministerio de Salud de la Nación. Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos Dirección de Estadística e Información de Salud. ISSN: 1668-9054. Serie 5 Número 59 Buenos Aires, diciembre de 2016.

²⁵ Desarrollada por expertos del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), la Escuela de Higiene y Medicina Tropical de Londres (LSHT), y las Universidades de Queensland (Australia) y Manchester (Reino Unido), en colaboración con *Save the Children* y otros organismos europeos.

la concepción y por causas determinadas no llego a nacer con vida y que por el solo hecho de engendrarse es fundamental la existencia de un registro de tal acto además de permitirle a los progenitores morigerar su dolor frente a la casual, quizás más importante de la vida.

3.3 Derecho comparado

3.3.1 Derecho chileno

Fernando Ortiz (1998) sostiene que la legislación chilena establece que para ser sujeto de derechos y obligaciones es necesario ser persona; esto es, ser un individuo de la especie humana sin distinción de edad, sexo, estirpe o condición; Po lo que el principio de la existencia de la persona comienza al nacer, es decir, al separarse del vientre de la madre y haber sobrevivido un instante siquiera a dicha separación²⁶.

De tal manera dice el autor, todo ser humano nacido tiene por ese sólo hecho capacidad de goce de los derechos, es, por lo tanto, un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Cuando se adquiere la mayoría de edad se adquiere la capacidad de ejercicio de los derechos, con su correlativo de obligaciones, adquiriendo en definitiva la capacidad legal plena.

Se señala en términos jurídicos generales, que todo aquello que no es persona constituye una cosa. De ello se deduciría que el ser que no nace o nace muerto tendría el estatuto legal de la cosa, siendo un objeto y no un sujeto de derecho distinguiéndolas lo que la ley llama concepción, por lo que parece raro pensar que el mortinato no es o no fue persona, entonces.

La Constitución Política de la República de Chile asegura en su Artículo 19 a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. Protege la vida del que esta por nacer. Así, se genera la distinción entre el derecho a la vida general de las personas, y la protección legal de la vida del que está por nacer, de lo que se puede definir que son situaciones diferentes y que, en estricto rigor, la protección del que está por nacer no corresponde a la protección al derecho a la vida genérica de que trata el artículo referido en su inciso primero. (Sobre esto volveremos más adelante y específicamente en los

²⁶ Fernando Ortiz (1998),” Tratamiento legal de los mortinatos” sustraído el 16.10.2018 de revista de la facultad de filosofía y humanidades de la universidad de chile <http://www.filosofia.uchile.cl>

próximos capítulos para conocer qué derechos tiene el mortinato y específicamente sus progenitores frente al fallecimiento de aquel).

La distinción anterior mantiene en consecuencia la armonía en orden a diferenciar a las personas del producto de la concepción y protege condicionalmente la vida del que está por nacer por su potencialidad de vida futura.

El Código Civil Chileno señala a su vez, que la existencia legal de toda persona comienza al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

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.

Se adopta en el Código Civil la teoría de la vitalidad en oposición a la teoría de la viabilidad, siendo necesario sólo un destello de vida para tener existencia legal en Chile.

El 16 de agosto de 2018 el presidente de Chile, Sebastián Piñera firmó un proyecto de Ley de Mortinato bajo el lema “Tu nombre es mi recuerdo”, el cual busca crear un Registro Civil especial para inscribir con nombres y apellidos a fetos. El presidente de la Republica argumentó que en la legislación vigente no se reconoce el derecho natural que tienen los padres a poder individualizarlos, a poder darles un nombre propio, a poder darles una digna sepultura, a tener recuerdo al cual puedan aferrarse para mantener viva la historia y ese recuerdo del hijo que no alcanzó a nacer.

Es un gran avance para la legislación chilena y se contrapone al movimiento feminista, el cual toma relevancia en el marco de la ley de la legalización del aborto discutida el anterior 8 de agosto del corriente año.

3.3.2 Estado del vaticano. Doctrina Religiosa

Necesariamente, es importante estudiar la doctrina religiosa²⁷ que expone sobre la dignidad de la persona humana sosteniendo que *“La dignidad de la persona humana está arraigada en su creación a imagen y semejanza de Dios. Dotada de alma espiritual e inmortal, de inteligencia y de voluntad libre, la persona humana está ordenada a Dios y llamada, con alma y cuerpo, a la bienaventuranza eterna”*.

²⁷ Vaticano (2005) “Compendio dignidad de la persona humana”. Material sustraído el 12.10.2018 de http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html

En la intención de definir persona y por ende su existencia desde la doctrina religiosa o del vaticano propiamente dicho, esta nos coloca en una contradicción entre la Fe y la razón; como ya todos los hombres sabemos la fe es una creencia que no tiene justificación científica sino más bien doctrinaria, la cual viene desde muchos años atrás y es considerada la más fuerte e irreversible teoría en el mundo. Muchas personas accionan en base a esta teoría, la cual, al dar un concepto de persona, la define como aquel ser creado por Dios y para Dios, en otras palabras, sostiene que “En consecuencia, el hombre, por naturaleza y vocación, es un ser esencialmente religioso, capaz de entrar en comunión con Dios. Esta íntima y vital relación con Dios otorga al hombre su dignidad fundamental. Vaticano (2005)

Esta doctrina nos lleva al plano de lo espiritual el cual no permite ni siquiera que investiguemos acerca del comienzo de la existencia de la persona humana, ni muchos menos los derechos del mortinato; ella solo tiene una respuesta a cualquier interrogante que los humanos puedan tener, y esa respuesta es *Dios*; Aquel como el creador de todos y de todo, como la respuesta insoslayable ante cualquier duda vivencial. Vaticano (2005)

Entonces podemos concluir que desde la teoría religiosa no hay manera de definirnos como personas de existencia visible, con derechos y obligaciones jurídicas, sino más bien religiosas.

El Decr.1406/98 -vigente al día de hoy- establece el 25 de marzo de cada año como el día del niño por nacer, con el objeto de recordar a los niños que aún no nacieron por la razón que la Iglesia Católica conmemora ese día la anunciación a la Virgen María de que estaba engendrando al Niño Jesús.

Conclusiones Parciales

La muerte fetal es la que se produce con anterioridad a la expulsión completa o extracción del cuerpo de la madre de un producto de la concepción, cualquiera que haya sido la duración del embarazo, es lo que en este trabajo llamamos mortinato.

Para definir el estado jurídico del mortinato se toma a la normativa vigente la cual sostiene que la persona que no nace con vida se considera como que nunca existió, por lo que se determina que en la actualidad las personas fallecidas en el vientre materno no tienen estado jurídico, o por el contrario hay existencia de vacío legal determinante, lo

cual, lejos está de reconocerles derechos y mucho menos pensar en la situación de los progenitores frente a esta causal.

En cuanto al derecho comparado, tanto el caso de Chile como del Estado del Vaticano que se expuso, pero también otros países como Brasil, España regulan a la persona por nacer, al igual que Argentina, sin tener una protección jurídica para el mortinato, aunque ya en algunos de ellos existen proyectos de ley para tal regulación, lo que significa el principio de un gran cambio de paradigma. En el caso de Chile dicho proyecto se presenta en el marco de la discusión de la ley del aborto y en contraposición del movimiento feminista y en el caso de Argentina en un contexto de diferente, ya hace varios años donde se ve la necesidad de regular sobre esta temática debido al gran número de casos existentes en el país, pero sobre todo frente al duelo de padres que quedan sin amparo.

Definitivamente, los países principiantes en abordar la temática, aunque aun no regularla, son producto de grandes luchas sociales, de ejes políticos coyunturales que permiten la discusión en la sociedad, toda, de temas tan relevantes y tan transformadores para con la legislación actual.

**CAPITULO IV: Protección jurídica del mortinato,
importancia. Jurisprudencia**

Introducción

En el último capítulo de este trabajo se plantea la situación de los progenitores, la importancia de una protección jurídica especial para el mortinato y se pone en conocimiento del lector los diferentes proyectos de ley presentados en Argentina al respecto.

4.1 Situación jurídica de los progenitores del mortinato

En la sociedad en la que se vive rige muy fuerte el concepto de familia, debido a la historia de cada lugar, del mundo entero. La familia es el centro principal de vinculación con otro, es la institución más vieja de la historia, donde principios y/o derechos como la vida y la salud son más importantes que cualquier otra cosa.

Dicho lo anterior, la muerte fetal es un acontecimiento trágico para una familia, donde la pérdida del embarazo puede aumentar el riesgo de depresión posparto. Las personas hacen frente al dolor de diferentes maneras buscando respuestas que muchas veces no encuentran. Uno de los interrogantes que surge aquí es si ¿el mortinato tendría derecho a ser inscripto en el registro civil y capacidad de la persona? ¿Se puede reclamar su sepelio y su inscripción para no considerarlos NN?

En la actualidad nada de esto está regulado, más bien, existe un vacío legal que se considera hasta mediocre ya que como sociedad la necesidad existe y es de fundamental urgencia saldar jurídicamente este vacío.

Los progenitores frente a la causal de fallecimiento del niño en el vientre materno se encuentran desamparados por la ley, por la medicina, pero sobre todo por la sociedad que no da respuestas. Miles de padres pasan por esta situación y aun en el 2018 no existe la posibilidad de inscribir a su mortinato en un registro que regule la muerte dentro del vientre y mucho menos pensar en la posibilidad de ponerle un nombre como reconocimiento que esa persona existió pero por causas determinadas no nació con vida, lo que se asemeja a la realidad de una persona que nace y muere, y que tuvo derecho a un nombre, a ser inscripto, donde en el acta de defunción o por lo menos el acta que otorga

el medico profesional consta con el nombre, edad, causa de fallecimiento, etc. se le otorgan derechos irrevocables más allá de su muerte.

4.2 Protección especial para el mortinato

La legislación argentina contempla actualmente que, para tener la calidad de sujeto de derechos y obligaciones, se requiere ser persona, esto es, un individuo de la especie humana. Por lo cual, el principio de existencia de la persona humana, comienza con la concepción, adquiriendo dichos derechos y obligaciones si nace con vida, vale decir, al separarse completamente de la madre y haber sobrevivido un instante siquiera a dicha separación. Por el solo hecho de nacer con vida tiene capacidad de derecho.

El Boletín N° 5261-11 sobre la modificación de disposiciones del código sanitario, con el objeto de regular la inscripción de defunción y sepultación de criaturas no nacidas o mortinatos²⁸ sostiene que el artículo 75 del Código Civil sostiene 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.

Por su parte, La Carta Fundamental, en su artículo 19 garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, disponiendo que la ley protege la vida del que está por nacer.

El hecho de no ser considerada persona aquella criatura que aún no nace, no significa que su destino haya sido desamparado por el legislador. En este mismo orden de ideas, cabe señalar que 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.

La pérdida de un hijo en gestación es una realidad que han debido enfrentar muchas mujeres, y es probable que el sufrimiento sea mayor mientras más avanzada esté

²⁸Boletín n° 5261-11MODIFICA DISPOSICIONES DEL CODIGO SANITARIO, CON EL OBJETO DE REGULAR

LA INSCRIPCION DE DEFUNCION Y SEPULTACION DE CRIATURAS NO NACIDAS O MORTINATOS. Sustraído el 12.10.2018 de <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=5440&prmTIPO=INICIATIVA>

la gestación. Pero cualquiera sea la etapa del embarazo, esta pérdida 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.

Esta falta de reconocimiento de la dignidad humana de esos niños no solo se inserta en la realidad cultural, sino que, en este tema, también existe confusión en el ámbito jurídico. Si bien un análisis global de las normas jurídicas chilenas permite concluir que la ley reconoce la calidad de persona al niño que está por nacer, denominado en la doctrina como *nasciturus*, desde el momento de la concepción, en la práctica existe incompreensión e inconsecuencia a la hora de aplicar las normas vigentes. 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 conceptus pro iam nato habetur*”, esto es, que el niño concebido, se le tiene por nacido para todo lo que le favorezca.

En Argentina, 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.

Por su parte, el Decreto Supremo N° 161 de 1982, del ministerio de Salud, que contiene el Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas, dispone en su artículo 39, letra e), la obligatoriedad de que dichos establecimientos cuenten con un registro de constancia de defunción de mortinatos.

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 el 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.º 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, si es que, 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 en nuestro concepto, 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.

En virtud de las consideraciones antes expuestas, se somete a la aprobación de la Cámara de Diputados, el proyecto de ley con único artículo, sustituyéndose 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.

Para sistematizar algunos datos la Organización Mundial de la Salud informa que la mortalidad ligada al embarazo y parto constituye más de la mitad de la mortalidad infantil, así las afecciones originadas en el período perinatal representan el 55% de la mortalidad infantil en EEUU; 35.8% Chile; 55% Argentina; 39.2% Colombia; 29.8% México y 56% en el Perú. En Chile la frecuencia de muertes fetales es de 4.25 por 1.000 nacidos vivos, donde el 76 % corresponde a menores de 32 semanas. (INE, 2000). Casi el 1% de las mujeres puede sufrir la pérdida de sus bebés al entrar en la segunda etapa de la gestación. González (2002).

Se considera, por lo dicho, que el mortinato merece una protección jurídica especial, dado su status jurídico; por ende, no es posible hablar de persona por nacer y luego quitarle esa identidad por no llegar a dar un suspiro de vida. Esto parece contradictorio, lo que hace necesario tal regulación por entender que la legislación debe contemplar estos casos para ser integral en su tratamiento de la persona, no permitiendo dejar laguna alguna sobre el centro de imputación más valioso que tiene el derecho argentino.

Desde la concepción, la persona es el sujeto de derechos mas importante que el ordenamiento jurídico tiene, a partir de él es que el legislador crea, regula y ejecuta normas, sin el cual, seria imposible hablar de derecho ya que principalmente son los sujetos de derechos en vinculación con la sociedad lo que posibilita la necesidad de prescribir normas. En definitiva, sin sujeto de derechos no existiría derecho entendido como el conjunto de principios y normas que regulan la vida en sociedad.

He aquí, que la protección jurídica especial vendría a proponer un salto cualitativo pero sobre todo revolucionario en el país, adquiriendo así, un antecedente legislativo para la historia, lo que permitiría pensar que la argentina avanza, está a la altura de la realidad social, lo que significaría que los progenitores con su mortinato estén reconocidos en la ley, tengan respuesta jurídica, puedan morigerar su duelo, pueda quedar constatado el

embarazo, la existencia de la persona por nacer y el posterior fallecimiento en el vientre materno con su causa promotora de tan dolorosa noticia; pudiendo volver a su hogar, teniendo la posibilidad de llamarlo (al mortinato) con su nombre y no sentir que ni siquiera se sabe lo que fue ese niño en el vientre.

Esa protección especial permite ponerle nombre no solo al mortinato sino a la situación, al momento, lo que lo hace más real y lo que permite que el duelo no sea tan vacío emocionalmente, pero sobre todo en lo que no atañe, jurídicamente.

4.3 Proyecto de Ley en argentina

Como ya aparece citado en otra parte del trabajo, en Chile, el Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas en relación a los registros que deben tener dichas instituciones establece en el artículo 39 letra e) la obligatoriedad de tener un registro de constancia de defunción de mortinatos. Agrega el artículo 4 del mismo Reglamento que los fallecidos y mortinatos sólo se entregarán a requerimiento de los padres o representantes legales y si no fueron retirados, la dirección procederá a disponer de ellos de acuerdo a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes y requerirá las inscripciones correspondientes en el registro civil. Estas inscripciones no corresponden a las de nacimiento o defunción normales, sino a un registro especial de no nacido y en virtud del cual se extiende el denominado certificado de nacido muerto y autorización de sepultación de feto que tienen su antecedente en el certificado médico de defunción y estadística mortalidad fetal tardía que elabora el mismo Registro Civil y que es común para las defunciones de no nacidos y fallecidos menores de un año.

Se tiene en cuenta como antecedente legislativo el Proyecto de Ley presentado y aprobado por unanimidad en la cámara de diputados sobre “Registro y/o Inscripción de Defunciones Fetales”, presentados por la Dra. María Emilia Soria y la Fundación “Era en Abril” que busca modificar la ley 26.413 de registro nacional de Personas en el año 2016. El mencionado proyecto de ley *no* busca el reconocimiento del status jurídico de “persona” en los términos del código civil, sino que, por lo contrario, busca el reconocimiento de la identidad y no de la personalidad a través de la modificación de la Ley 26.413 de Registro Nacional de la Persona, no de lo establecido por el código civil.

La naturaleza jurídica estaría definida por ser un documento público que el registro civil y capacidad de las personas de cada localidad, provincia y/o nación administre de forma tal que se genere un listado de defunciones fetales existentes en

argentina con causales si se conocieran, fecha cierta e institución/ médico interviniente. La importancia está dada por el avance social, jurídico y ético además de cumplir una función de registro, inscripción, estadísticas.

En el texto completo del proyecto ley presentado en argentina por la Fundación Era en abril y la Diputada María Emilia Soria (2016), el Senado y Cámara de Diputados, sancionan con fuerza de Ley N° 26.413 sobre Registro de defunciones fetales; la cual establece en su articulado que deberán inscribirse en los libros de Defunciones Fetales a quienes han fallecido dentro del vientre materno cualquiera sea la causa de la muerte, la edad gestacional o el peso que tuvieron al momento de la expulsión. Así, en los tratamientos de fertilización asistida, se inscribirán sólo las defunciones de quienes fallecieron luego de su implantación en el seno materno. Por lo tanto, la inscripción deberá registrarse ante el oficial público que corresponda al lugar en que se produzca el nacimiento sin vida o se haya constatado la interrupción del embarazo, solicitando la inscripción cualquiera de los progenitores del menor de manera facultativa.

El plazo para realizar la inscripción será de un (1) año de ocurrido el nacimiento sin vida, vencido dicho plazo no se podrá realizar esta inscripción por ningún medio. En cuanto a la forma se realizará mediante la presentación del correspondiente certificado médico emitido por profesional médico u obstetra o el agente sanitario habilitado que atendió el parto o constató la interrupción del embarazo.

A los efectos de completar la identificación descripta, el Registro de las Personas implementará un formulario, denominado “Certificado Médico de Nacimiento sin Vida” en el que constará los datos de la madre, del nacido sin vida, tipo de embarazo, nombre y matrícula del profesional médico u obstetra o el agente sanitario habilitado que atendió el parto o constató la interrupción del embarazo; Fecha, hora y lugar del nacimiento sin vida; Datos del establecimiento médico asistencial; Cusa de la muerte intrauterina, a los fines estadísticos, los cuales deberán ser remitidos al Ministerio de Salud de la Nación a los fines de detectar las causas con mayores incidencias y elaborar políticas de salud pública para evitar muertes intrauterinas.

La inscripción en este registro no modifica el régimen de persona humana instituido por el art. 19 concordantes y subsiguientes del Código Civil y Comercial (Ley 26.994 y 27.077). Por lo tanto, la inscripción no otorga derechos patrimoniales,

ni sucesorios, ni de estado, ni de ningún otro tipo que no sea exclusivamente el derecho a la identidad y el destino de los restos²⁹.

En lo que respecta al Artículo 2, 67 y la cláusula transitoria de la Ley 26.413, regula su sustitución sosteniendo que la licencia de inhumación o cremación será expedida por el oficial público del Registro Civil, teniendo a la vista el acta de defunción o el acta de defunciones fetales, salvo orden en contrario emanada de autoridad competente; donde desde la creación y puesta en funcionamiento del Libro Defunciones Fetales, se establezca un plazo de cinco (5) años a los fines de la inscripción de todos os fallecidos en el vientre materno sin importar el tiempo que haya transcurrido desde el fallecimiento.

Quienes desean realizar esta inscripción deberán presentar certificado de defunción o de interrupción del embarazo elaborado por profesional médico u obstetra o el agente sanitario habilitado que atendió el parto o constató la interrupción del embarazo, o en caso de poseerlo el Certificado de Defunción emitido por el Registro Civil en el que se encuentra identificado el nacido sin vida como “N.N”.

Otro proyecto de ley anterior al de la ONG “Era en abril”, es el presentado por la diputada nacional Graciela Camaño en el año 1994³⁰ el cual llevo como título “derecho de identidad” con el objeto de establecer el procedimiento de identificación del niño, tanto nacido vivo cuanto mortinato, y sus efectos registrales y de filiación, a fin de asegurar la identidad biológica de ambos. El mismo define al niño nacido muerto o mortinato como aquel producto de la concepción que, una vez expulsado o extraído completamente del cuerpo de la madre, no tenga señal de vida³¹.

Conclusiones parciales

Como consecuencia de la muerte fetal en el vientre materno y ante la ficción jurídica que existe en el ordenamiento jurídico vigente es que, se propone legislar sobre una protección jurídica especial para el mortinato, lo que conlleva la necesidad de creación de un registro de defunciones fetales, un centro de estadísticas de muertes fetales,

²⁹ Artículo 1, articulo72 bis, ter, quater, quinquies, sexies. Septies, Octies, Nonies y decies.

³⁰ Graciela Camaño . abogada y política argentina perteneciente al Justicialismo. Material sustraído el 12.10.2018 de: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2004/PDF2004/TP2004/01marzo2004/tp008/0510-D-04.pdf>

³¹ Ver en anexos Proyecto de Ley presentado por Graciela Camaño. Año 2004.

asesoramiento, herramientas de prevención y contención y sobre todo la posibilidad de ponerle un nombre al mortinato, como sujeto de derecho que existió en algún momento.

Se sabe que la situación jurídica de los progenitores es nula, entonces, vale reconocerle el derecho a morigerar un duelo que será interminable pero que no implica que pueda ser llevado con menor tensión. Es aquí, donde aparece nuevamente la necesidad de poder inscribir al mortinato, y reconocer, que dicho feto, es considerado persona desde la concepción y que por lo tanto no solo en el ámbito del derecho sino también en los demás ámbitos, es sujeto de derechos, por lo tanto, es persona. Lo que se entiende en la importancia de una regulación especial para proteger al mortinato y otorgarles a los padres un duelo más morigerado por el derecho, lo cual implica el reconocimiento del derecho de identidad de todas las personas protagonistas en la temática.

Así, la identidad personal es un derecho personalísimo, que, si bien hoy se lo reconoce como Derecho y tiene jerarquía constitucional, ha existido siempre, por el solo hecho de ser personas pero que hoy en día requiere de protección autónoma dado que se encuentra muchas veces vulnerada por los avances de la ciencia o por el desarrollo de la sociedad, la cual queda obsoleta en su definición o alcance para poder estar a la altura del avance social.

Atento a que actualmente no se cuenta con un registro total de defunciones fetales habilitado, es que resulta procedente la creación de un registro donde se inscriban dichas defunciones reconociendo el nombre y el apellido del bebe fallecido contemplando la dolorosa realidad que deben vivir los padres que sufren la muerte de su hijo.

Lo que se busca es registrar, inscribir todas las defunciones fetales sin importar la edad gestacional ni el peso del bebe al momento de la interrupción del embarazo, para de esta forma contar con más información al momento de diseñar políticas de Salud Pública destinadas a evitar dichas muertes.

Conclusiones finales

A modo de cierre se sostiene que los avances jurídicos nada tienen que ver con la realidad en muchos casos, por eso queda expuesto en el trabajo investigativo el gran vacío legal en materia de derecho identidad del mortinato, exponiéndose desde una ficción jurídica que en definitiva nada nos dice, dejando tanto al mortinato como a sus progenitores sin posibilidad de acceder a una protección jurídica especial para su caso.

Es por esto, que se debe precisar si se le reconoce identidad a la persona desde su concepción y, por ende, una protección especial al mortinato, o se le elimina el reconocimiento jurídico a la persona por nacer siendo consciente el legislador que existiría una laguna jurídica aún mayor.

En nuestro sistema jurídico, desde la Carta Fundamental, pasando por los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, en especial, la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica, los conceptos de ser humano, persona y derecho inviolable a la vida están esencialmente vinculados. Por tal razón, si el ser humano es tal desde el momento de la fecundación se debe reconocer que, tanto en el ámbito constitucional como civil, ya hay una persona que merece tutela jurídica contra las amenazas que se ciernen sobre su derecho a nacer y vivir.

La muerte de un hijo, es la tragedia más difícil y dura para una madre y para una familia, se pone en jaque el proceso natural de la vida, por lo tanto, los avances científicos deben tener como fundamento la evolución de la sociedad entendiendo que la ciencia y el derecho deben estar a la altura de la realidad. Bajo este precepto, se debe debatir acerca del derecho de identidad del mortinato y cuestionar porque en la actualidad aún existe vacío legal en la protección legal del mortinato, considerado por este trabajo persona, que muere en el vientre materno.

El Código Civil y Comercial en su última reforma, presentó nuevos cambios en el Derecho de Familia al basarse en principios de igualdad y no discriminación, se incorporó una nueva fuente filial que es la que proviene de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), reforma que debería haber permitido contemplarle al mortinato el derecho de identidad, lo cual haría regular la situación jurídica del él por entender que es necesario en los tiempos que corren contar con una norma de protección jurídica especial para ellos.

Si se plantea una regulación adecuada como la que plasma el proyecto de ley de la fundación “Era en Abril”, podemos avanzar científica, pero sobre todo socialmente como país.

Además, cuando se habla de interés superior del niño se dice que aquel debe encontrarse en la voluntad procreacional de los progenitores y en el derecho a la identidad que como sujeto desde la concepción posee el embrión. Muchos autores doctrinarios, hasta la sociedad misma se ha manifestado en relación al comienzo de la existencia de la

persona humana pero siempre dejando un vacío con relación al embrión que fue concebido en el seno materno, que se desarrolló y por cuestiones que no están registradas han muerto en ese mismo seno. Los interrogantes de los progenitores, sobre todo de la madre como sujeto fundamental en esta problemática, quedan desechados como aquel embrión que al no nacer con vida es considerado residuo patológico.

Disimiles son las posturas en los sistemas jurídicos de los distintos Estados, en tanto algunos nada dicen acerca del no nato como es el ejemplo de nuestro país como otros, como Chile que lo regula detalladamente; por ende, es necesario avanzar en cuestiones de estadísticas en nuestro país para proveer una contención integral en distintos niveles de salud pública, con programas de prevención y concientización relacionado con la problemática.

Por esto, es fundamental legislar respecto de la creación del Registro de defunciones fetales para la inscripción de la persona humana que muere en el vientre materno; lo cual no modifica el régimen del código civil y comercial de la nación ni muchos menos otorga derechos patrimoniales, ni sucesorios, ni de estado, ni de ningún otro tipo que no sea exclusivamente el derecho a la identidad y el destino de los restos; lo cual permite sistematizar estadísticas a nivel nacional, provincial y local, que contengan causas, consecuencias, posibles prevenciones de muerte fetal, donde sin lugar a duda, como sociedad se dé un salto cualitativo y cuantitativo en salud, en educación, en legislación y en cualquier otro ámbito donde la persona por nacer y el mortinato estén en discusión. El mortinato, al igual que todo ser humano, que está provisto de dignidad, tiene derechos, y entre ellos, el de tener un nombre y una digna sepultura.

Además, legislando sobre la situación jurídica del mortinato se cubre una ficción jurídica de la cual aún no se tiene respuesta, por lo que, atacarla sin la posibilidad de dar solución acabaría en palabreríos sin sentido.

En síntesis, la investigación desde la materia seminario final de Abogacía busca encontrar una regulación jurídica especial para los mortinatos ya que el derecho aun, no le reconoce el derecho de identidad que adquiere desde la concepción lo que lo hace legítimo de exigirlos (a través de sus padres). Aun en el 2018, no se tiene respuestas a tal situación.

Bibliografía

Legislación

Constitución Nacional Argentina

Código Civil de Vélez Sarsfield.

Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.

Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Constitución Nacional Chilena.

Convención Sobre los Derechos de los Niños.

Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Ley Española 14/2006.

Ley 23054; 23849; 26413.

Doctrina

Medina Pabón, Juan Enrique (2010). Derecho civil. Aproximación al Derecho. Derecho de Personas. Bogotá: Universidad del Rosario.

Borda, Guillermo (2004). Manual de derecho civil: parte general. LexisNexis Abeledo-Perrot

D'Agostino, F. (2003). La Bioética, las Biotecnologías y el problema de la identidad de la persona.

Andorno R (1993) "¿El embrión humano merece ser protegido por el Derecho?" Cuadernos de bioética.

MORICONI, A (2011) "La identidad personal. Un derecho que aguarda su pleno ejercicio". Revista IN IURE [en línea] 1 de Mayo de 2011, Año 1, Vol. 1. pp.34-41. Recuperado (24/10/2018), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

CERUTTI, Ma. y PLOVANICH, Ma. "Identidad Personal", XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil [en línea] extraído el día 24/10/2108 de <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/identidadpersonal.pdf>

Nino, Carlos S.: Etica y Derechos Humanos. 2da.edición, Bs.As., Astrea, 1989, pág. 46.

Hernán Corral Talciani - Revista Ius et Praxis, (2005) "El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida".

Fernando José D. López De Zavalia (2011) Manual de Derecho Civil.

Solari, N. Aplicación del Interés Superior del Niño en fallos de la Corte Suprema.

Vidal, E. 2 marzo (2018). “Persona por nacer: ¿qué dicen las constituciones y leyes provinciales?”. Microjuris.

Hilda, 2008. “persona por nacer”

Medina Pabón, J.E (2010). “Derecho Civil, aproximación al derecho- derecho de personas”

Fernando Bastos, (1994). Enciclopedia de la Doctrina Social de la Iglesia.

Delgado Menéndez, María del C. (2016). “El derecho a la identidad: una visión dinámica”

Massaccesi R. “El derecho de identidad”.

CONADI

Portal del Gob. de la provincia de Córdoba. (2018).

Estadísticas vitales (2015). “Información básica Argentina”. Ministerio de Salud de la Nación. Secretaria de Políticas, Regulación e Institutos Dirección de Estadísticas e Información de Salud.

Fernando Ortiz (1998),” Tratamiento legal de los mortinatos”

Vaticano (2005) “Compendio dignidad de la persona humana”.

Lamm, Eleonora (2012). “*Gestación por Sustitución. Realidad y Derecho*”.

Lloveras, N., y Salomón, M (2009) *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*. 1Ed. Buenos Aires, Argentina. Universidad.

Unicef Argentina. [*Versión electrónica*].

Medina Pabón, Juan Enrique (2010). Derecho civil. Aproximación al Derecho. Derecho de Personas. Bogotá: Universidad del Rosario. pp. 575-576.

Código Civil y Comercial de la Nación. *Editorial la Ley* - Publicado 2014.

Código Civil y comercial de la Nación Comentado. *Editorial la Ley* año 2014.

Cels- Centro de estudios legales y sociales. [*Versión electrónica*].

Revista de Derecho de Familia y persona. [*Versión electrónica*].

Lafferrier y Franck (2015).

Fundación Argentina Era en abril. Argentina- [*Versión electrónica*].

Periódico On line rpp.pe Argentina. [*Versión electrónica*].

Periodo On line Infobae. [*Versión electrónica*].

Periodo On line- Arroyo Diario. [*Versión electrónica*].

Periódico On line- Tiempo de San Juan. [*Versión electrónica*].

Manual de derecho Civil de Messineo Francesco. Año 1954.

Manual de derecho Civil de Borda. Edición 2015.

Gitter, A (2013). “Gestación por sustitución”. LL. AR/DOC/3214/2013.

Jáuregui, R (2016). “La gestación por sustitución y la laguna del Código Civil y Comercial.” LL. AR/DOC/2296/2016.

Valdés Diaz, C (2015). “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas. LL.AR/DOC/1413/2015.

Zannoni, E (2012). Derecho Civil. Derecho de Familia. 6ª ed-Buenos Aires, Argentina. Astrea. Tomo 2

Manual de derecho Civil de Rivera. *Instituciones del Derecho Civil*- parte general- 1994- Biblioteca Nacional de Estados Unidos. (medlineplus.gov) [*Versión electrónica*].

Sampieri, 2006, pág. 26.

Yuni y Urbano, 2003.

INFOLEG:<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/68738/norma.htm>

JUNVENT BAS de SANDOVAL- (2016)

<http://centrodebioetica.org/2012/09/inicio-de-la-vida-humana/>

Dr. Miguel Federico de Lorenzo http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf

<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/codigo-civil-y-comercial.-la-regulacion-de-la-persona-humana.-aspectos-generales>

[file:///C:/Users/ciste/Downloads/ccycpersonahumana%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/ciste/Downloads/ccycpersonahumana%20(1).pdf)

ley protección integral derecho niños:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000114999/110778/norma.htm>

www.acaderc.org.ar [*versión electrónica*]

Elsevier Saunders; 2014: chap 45.

Elsevier; 2017: chap 27.

Estadísticas vitales. Información básica Argentina - Año 2015- Ministerio de Salud de la Nación- Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos Dirección de Estadísticas e Información de Salud- ISSN: 1668-9054-Serie 5 Número 59- Buenos Aires, diciembre de 2016

Jurisprudencia

Corte IDH en el caso “Artavia Murillo”.

CSJN (2002) en el caso “Portal de Belén”.

Caso “Roe Vs. Wade”.

Tribunal Supremo de Justicia del Reino Unido, Caso Smeaton Vs. The Secretary of State for Health, [2002].

Corte Suprema de Justicia de Irlanda, Caso Roche Vs. Roche & Ors, Sentencia de 15 de diciembre de 2009, [2009].

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006.

Proyecto Ley de 94 Graciela Camaño- Diputada Nacional-1999

