



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

EL NASCITURUS EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

MIGUEL ÁNGEL CONTRERAS CAAMAÑO

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae para
optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Rodrigo Barcia Lehmann

Santiago, Chile

2017

Dedicatoria.

En primer lugar a Dios, a mi esposa Mari, a mi madre, y especialmente a mis hijos Ignacio y Rafael por quienes decidí el tema de esta Memoria.

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| CAPITULO 1.- EL NASCITURUS | 4 |
| 1.1 Término y definiciones..... | 4 |
| CAPITULO 2.- EL NASCITURUS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO... 6 | |
| 2.1 Introducción..... | 6 |
| 2.2 El texto Constitucional fundamental sobre el nasciturus. | 6 |
| 2.3 La Persona en nuestra Constitución Política. | 7 |
| 2.4 Sobre el uso del término “nacen”..... | 9 |
| 2.5 Momento en que se comienza a ser persona..... | 16 |
| 2.5.1 Constitución y Código Civil: Jerarquía y ámbito de aplicación..... | 19 |
| 2.5.2 La regla de la Ventaja para el concebido..... | 22 |
| 2.5.3 La visión de Persona en la Constitución..... | 34 |
| 2.6 Qué dice del nasciturus la ciencia..... | 38 |
| 2.6.1 Características del desarrollo embrionario que postulan un sujeto biológicamente único..... | 42 |
| CAPITULO 3.- EL NASCITURUS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR CHILE..... | 45 |
| 3.1 Alcance del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos..... | 47 |
| CAPITULO 4.- OTRAS NORMAS EN QUE APARECE EL NASCITURUS..... | 58 |
| CAPITULO 5.- EL NASCITURUS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA..... | 61 |
| 5.1 El nasciturus en la legislación española..... | 61 |
| 5.2 El nasciturus en la legislación peruana..... | 68 |
| CAPITULO 6.- EL ABORTO..... | 74 |
| 6.1 Historia del delito del aborto en la legislación Chilena..... | 78 |

| | |
|---|-----|
| a. La regulación legal previa al Código Sanitario (1875-1931)..... | 79 |
| b. El código sanitario (1931-1989). | 81 |
| c. La génesis del actual Art. 119 del Código Sanitario..... | 84 |
| 6.2 El Principio del Doble Efecto. | 90 |
| 6.3 Tesis del Profesor Bascuñán respecto el Aborto en la Constitución. | 95 |
| a. La Constitución permite el aborto consentido. | 96 |
| b. La jurisprudencia alemana..... | 103 |
| 6.4 El aborto en tres causales. | 113 |
| CAPITULO 7.- JURISPRUDENCIA SOBRE EL NASCITURUS..... | 117 |
| CONCLUSIONES | 125 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 128 |

INTRODUCCIÓN.

El objeto central de estudio de esta memoria para optar a la licenciatura en ciencias sociales es el *nasciturus*, es decir, *el que está por nacer*.

Debemos comenzar diciendo que en cuanto objeto material de estudio, vale decir *lo qué se estudia*, es común con muchas otras ramas del saber, como por ejemplo con la filosofía, la antropología, la sociología, varias ramas del saber científico, etc. Además hay que afirmar desde ya que desde todos estos modos de acercarse a la realidad que estudian al *nasciturus* no existe consenso respecto las conclusiones a que se arriban, por lo que no es un tema pacífico. De hecho en una misma rama del saber, por ejemplo la filosofía, existen conclusiones diametralmente opuestas, con –como necesariamente debe ser- resultados igualmente opuestos.

Ahora bien, es evidente que la memoria que comenzamos a desarrollar, aunque comparte el objeto material de estudio: el *nasciturus*, con otras ramas del saber, su objeto formal, es decir, *el cómo se estudia* es desde el Derecho. Y lo mismo que decíamos sobre las otras ramas del saber, en que el *nasciturus* no era objeto de discusión pacífico, se puede afirmar al comenzar a exponer sobre él en la disciplina del Derecho.

Existen en Derecho miradas diametralmente opuestas respecto *qué es o quién es el nasciturus*, y por consiguiente cómo debe comportarse el Estado y el ordenamiento jurídico frente a eso o frente a él. Por tanto, las conclusiones a que se pueda arribar en el Derecho no son baladí toda vez que implican para el *nasciturus* algo más que una mera reflexión abstracta: puede significar para él el poder existir con derecho a que se cuide su vida, o por el contrario puede significar el desamparo respecto de su existencia.

Para ir concretando más aún el objeto formal de esta memoria, no solo se estudiará al *nasciturus* según el prisma del Derecho, sino que se hará particularmente desde el *Derecho Chileno*. El objetivo es desarrollar el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico entrega al *nasciturus*. Esto se hará revisando las distintas normativas que existen en nuestro ordenamiento jurídico respecto el tema. Tratar de ordenar y armonizar los distintos textos, que como veremos son de distintas épocas y rangos; y también, conciliar cuando parece que se oponen unos con otros. Y cuando de hecho se opongan argumentar cual debe prevalecer por sobre el otro.

Revisaremos jurisprudencia, puesto que las normas no son casuísticas, y por tanto siempre se ve su real alcance cuando los Tribunales fijan su sentido mediante una sentencia que aplique al tema en particular la norma que es general.

Habrá que apoyarse en la historia fidedigna de la ley cuando algo no aparezca suficientemente nítido con solo el texto de la norma, y que por lo mismo de para interpretaciones diversas, todas ellas sustentadas *en la misma letra*. De ayuda igualmente valiosa será el Derecho comparado, es decir, ver como otros ordenamientos jurídicos tratan al *nasciturus* tanto en su normativa como en su jurisprudencia.

En esta Introducción debemos consignar que nuestro estudio sobre el *nasciturus* en la legislación chilena buscará en horizontes más amplios luces sobre el objeto de investigación. Por lo que habrá que dialogar de manera sincera con los saberes científicos y filosóficos, y ver qué dicen del *nasciturus*, sin perder en ningún momento de vista que el enfoque sobre el tema es jurídico. Por consultar conclusiones de otras ciencias no confundiremos el objeto formal del estudio. Y a nuestro modo de ver no hacerlo sería encerrar el Derecho en sus paredes y con ello negarse a recibir evidencias que son de carácter propiamente humano, y por

tanto válidas igualmente para su desarrollo. Sobre esta idea nos explayaremos en su momento.

Tiene plena validez dedicar el presente estudio al *nasciturus*, porque es en sí mismo una materia de estudio apasionante. Pero, además en este momento es un tema muy en boga porque se está discutiendo en Chile la posibilidad del aborto en tres causales, a saber, la inviabilidad del feto, riesgo vital de la madre y en caso de violación. Al encontrarse en debate la posibilidad de promulgarse una ley de esta naturaleza se justifica aún más la conveniencia de estudiar al *nasciturus* y tener claro quién es, y porque es conveniente o no una ley como la que se está discutiendo en nuestro país.

La gravedad del aborto y sus consecuencias justifican plenamente el presente trabajo. Ello sobre todo en la presente coyuntura política en que ya existe un proyecto de despenalización del aborto en tres causales. Siempre es mejor hacer todo lo que esté a nuestro alcance, por poco que sea, a no hacer nada. De lo contrario podríamos ser los titulares de ese fuerte reproche que le hace Dios a Caín: “Entonces el Señor preguntó a Caín: ¿Dónde está tu hermano Abel? No lo sé, respondió Caín. ¿Acaso yo soy el guardián de mi hermano?

Pero el Señor le replicó: ¿Qué has hecho? ¡Escucha! *La sangre de tu hermano grita hacia mí desde el suelo*”¹.

¹ Sagrada Escritura, Génesis Cap. 4, 9 – 10.

CAPITULO 1.- EL NASCITURUS

El hombre medio entiende por la expresión *nasciturus* “el que está por nacer”. Esta noción básica, que refleja el contenido más inmediato de la expresión, nos servirá como primer escalón en este estudio.

1.1 Término y definiciones.

Del uso común debemos pasar a uno más científico, por lo que -como en todo trabajo investigativo- hay que comenzar por aclarar el término que se usa, máxime cuando en este caso el término en sí ocupa de manera tan central el objeto de estas reflexiones. Pero, no solo por la centralidad *de la palabra nasciturus*, sino porque entender que se quiere decir con determinado término es clave para algo tan básico como entenderse entre las personas, y *poder así hablar lo mismo*.

Término designa la palabra usada. Ésta palabra posee un contenido: el concepto. Por ejemplo el término *árbol* o *tree* por diferentes que son en cuanto palabras, desde cómo se escriben hasta como se pronuncian, sin embargo designan lo mismo. Encierran el mismo concepto.

Por lo que debemos escudriñar qué queremos designar con el término *nasciturus*. Es decir, debemos definir la palabra *nasciturus*. Respecto las definiciones “suele distinguirse entre *definición etimológica* (aproximación al sentido por la raíz de la palabra) y *real*. Ésta, según Aristóteles, es el λόγος que dice la quiddidad (**esencia**) de una cosa (τὸ τί ἦν εἶναι)²”.

Comencemos por lo más obvio: la definición etimológica del término *nasciturus*. Es una palabra latina, que viene del verbo *nasci* (nacer), y que se

² Prieto Sánchez, Lucas Pablo. Apuntes de Filosofía. Página 32.

encuentra en *participio de futuro*, por lo que literalmente significa “va a nacer”, y para traducir el sentido de la letra y no solo la letra, es evidente que aplicado el término a las personas, se debe traducir como “el que va a nacer”.

Teniendo claro qué significa etimológicamente el término *nasciturus* debemos buscar ahora la definición real, es decir, el concepto que en sí encierra el término. Lo que verdaderamente se trasmite con esta palabra.

Antes de dar una definición real debemos decir que justamente es aquí, en este campo, en donde comienza el trabajo investigativo que espera resolver esta memoria. Para poder dar una respuesta a esta pregunta deberemos revisar y analizar los textos y sus diversas interpretaciones, leer jurisprudencia, etc. Para poder finalmente responder adecuadamente quién es el *nasciturus* según nuestra legislación.

CAPITULO 2.- EL NASCITURUS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

2.1 Introducción.

Aclarado el significado etimológico de la palabra *nasciturus*, debemos comenzar a estudiar de qué forma trata el tema nuestro Ordenamiento Jurídico.

Comenzaremos con la norma más importante: la Constitución Política de la República. Veremos en seguida que de ella se pueden extraer diversas conclusiones según las diversas interpretaciones que se hagan. En particular, cuando se intente relacionar armónicamente sus contenidos con otras normas. Por lo que necesariamente al referirnos a los textos de la Constitución sobre el *nasciturus* iremos llegando de modo natural a otras normas de distinta índole y jerarquía.

2.2 El texto Constitucional fundamental sobre el nasciturus.

En el artículo 19 de nuestra Constitución, que es donde se consagran los Derechos y Deberes constitucionales, se lee lo siguiente:

*Artículo 19.- La Constitución **asegura a todas las personas:***

1º.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.

La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.

Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.

De una lectura natural y obvia se entiende que cuando se dice “*La ley protege la vida del que está por nacer*”, es decir el *nasciturus*, lo protege porque nuestra Constitución atribuye al concebido no nacido la calidad de persona, toda vez que el artículo se encabeza diciendo “La Constitución asegura a todas las personas”. No se ve motivo para que el que está por nacer, y que aparece en el inciso segundo del artículo, sea excluido de tal calidad.

Sin embargo, a la hora de interpretar el alcance de este artículo, las opiniones no han sido convergentes, sino más bien divergentes, ya que para algún sector el concebido no nacido no es persona, y por tanto la Constitución no lo protegería como tal.

Entonces en este momento el problema se hace expansivo a uno más amplio que el solo artículo 19, ya que estamos ante la interrogante de ¿Qué es la persona en nuestra Constitución? Y seguido de aquella pregunta ¿Quiénes son personas en la misma?

2.3 La Persona en nuestra Constitución Política.

El tema planteado en este punto no es menor, toda vez que la Constitución comienza de la siguiente manera:

*Artículo 1°.- **Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.***

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su

mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Como señala la profesora Vivanco, “esta es la norma de la Constitución que más claramente consagra la tendencia *iusnaturalista* de nuestra carta fundamental. En efecto, tal concepción indica que los derechos no fueron creados por el constituyente, sino que se reconocieron aquellos que ya eran parte de la naturaleza del ser humano. Tal concepción se materializa, por ejemplo, en el uso de la palabra “nacen” en el inciso primero o “está”, en referencia a la servicialidad del Estado respecto de la persona humana”³.

Es el encabezado del artículo 1º el que ha llevado a distintas interpretaciones respecto el *nasciturus*, ya que el texto dice literalmente “las personas nacen”, por tanto, la dignidad de ser persona humana y consecuentemente ser libre e igual en dignidad y derechos, estaría supeditada al hecho material de nacer. Además, esta idea, es concordante con lo que señala nuestro código civil en su artículo 74. En definitiva, como concluye la abogada Mayer “para nuestro ordenamiento jurídico “persona” es el ser humano nacido. A dicha conclusión puede llegarse en virtud de lo establecido en el Código Civil chileno, cuyo artículo 74, a propósito de la existencia legal de la persona, dispone expresamente: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre”. Consiguientemente y de acuerdo con dicha disposición, solo con el nacimiento comienza la existencia legal de la

³ Vivanco Martínez, Ángela. “Curso de Derecho Constitucional” (Ediciones UC). Página 39.

persona; antes de dicho evento no existe una persona desde un punto de vista legal⁴.

Así las cosas el que está por nacer no sería persona. Pero, por qué en el artículo 19 en donde se asegura a todas las personas una serie de Derechos aparece el que está por nacer. Sin duda, hay que armonizar los textos para no arribar a conclusiones contrapuestas, y por tanto sin sentido. Por lo que hay que esclarecer dos frentes: en primer lugar el uso del término nacen en al artículo 1º, y en segundo lugar como conciliar el texto del artículo 19 de la Constitución con nuestro Código Civil respecto el momento en que se comienza a ser persona humana.

2.4 Sobre el uso del término “nacen”.

Como se acaba de señalar, al artículo 1º indica que las “personas nacen libres...”, y por lo mismo pareciera que se comienza a ser persona humana desde ese hecho material, no obstante que el artículo 19 dice que se asegura a todas las personas varios derechos, entre ellos la vida del que está por nacer.

Para entender correctamente esta aporía hay que remontarse a la redacción anterior que tenía este artículo que era la siguiente: “los hombres nacen libres...”. Después de la entrada en vigencia de la ley N° 19.611, publicada en el Diario Oficial el 16 de junio de 1999, se sustituyó la palabra “hombres”, que encabezaba el artículo originalmente concebido, por “personas”, como aparece en la actualidad. La razón del cambio fue resaltar la igualdad esencial entre hombres y mujeres.

⁴ Mayer Lux, Laura. *La vida del que está por nacer como objeto de protección legal*. En Revista de Derechos Fundamentales - Universidad Viña del Mar - N° 5 (2011). Página 64.

En un primer momento se planteó agregar a la redacción original el vocablo “y mujeres”, de manera tal que dijera: “los hombres y mujeres nacen libres...”, pero finalmente se prefirió la utilización de la palabra “personas”, ya que como señala el Senador Hamilton citado por la profesora Vivanco, por “corresponder a un lenguaje técnico jurídico neutro que comprende ambos sexos y que es, precisamente, el que la Constitución utiliza, tanto en el mismo precepto como en el artículo 19”⁵.

Ahora bien, como señala el Corral “el empleo del vocablo "persona" que queda ahora unida a la expresión "nacen" presenta el peligro de hacer "resucitar" la interpretación reduccionista del concepto de persona fundada en el artículo 74 del Código Civil: "la existencia legal de la persona principia al nacer"⁶. Por eso, como bien cita la profesora Vivanco, al momento de discutirse la ley N° 19.611, en la sesión de la sala del Honorable senado de la República de fecha 3 de marzo de 1999, el senador Carlos Bombal solicitó, a través del Presidente, una aclaración y acuerdo de la sala – el que se brindó en forma unánime- que transcribimos ahora, aunque sea largo, debido a la luz que arroja sobre el tema, puesto que se verá que los legisladores tuvieron en cuenta el problema que nos estamos planteando (negritas nuestras):

“El señor BOMBAL. Señor Presidente, por su intermedio, quiero solicitar una aclaración previa y, con ello, pedir que se recabe el acuerdo en la Sala en orden a dejar una constancia en actas para la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional que se modifica a través del precepto que se debate.

⁵ Senador Hamilton, en *Informe de la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de Reforma Constitucional que establece la Igualdad de Oportunidades para Hombres y Mujeres* (1579-07), Diario de Sesiones del Senado, Sesión 11ª, Legislatura Extraordinaria 1998-1999, p. 1231. Citado en: Vivanco Martínez, Ángela. “Curso de Derecho Constitucional” (Ediciones UC). Página 40.

⁶ Corral Tacliciani, Hernán, “El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida”, en: *Ius et Praxis*, vol.11 N° 1 (2005). Página 42.

Mi solicitud de aclaración está destinada al señor Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y dice relación con el hecho de que, con la enmienda propuesta en el N° 1 del artículo único de la iniciativa – sustituye en el inciso primero del artículo 1° de la Carta Fundamental la expresión “los hombres” por “las personas”-, **en lo sucesivo alguna doctrina podría pretender sostener que sólo se es persona y, con ello, sujeto de derecho el individuo que ha nacido, con lo cual la criatura concebida y no nacida no tendría la calidad de persona.**

A mi juicio, dicha declaración es esencial, porque, con la finalidad de evitar discriminación contra el género femenino eventualmente podríamos estar dando paso a una discriminación peor y más grave.

... Por lo tanto, sobre la base de la declaración pedida, solicito formalmente a la Mesa que recabe el acuerdo de esta Sala con el objeto de hacer constar en forma expresa, para **la historia fidedigna del establecimiento de la norma pertinente, que, ante el hipotético caso de que este proyecto se convierta en norma constitucional, jamás se podrá desprender de él que, en conformidad a nuestro ordenamiento constitucional, se es persona, y por ello, sujeto de derecho a partir del nacimiento**, pues este asunto fue zanjado por otra norma constitucional. En la especie, el artículo 19 N° 1 de la Carta, al proteger la vida del que está por nacer, lo hace luego de que en el epígrafe de aquel precepto se dispone expresamente que “la Constitución asegura a todas las personas”: **es decir, que la criatura que se encuentra por nacer es persona y sujeto de derecho desde su concepción**”⁷.

Continúa con la cita la profesora Vivanco: “frente a esta solicitud, se le dio la palabra al señor Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Corporación, senador Hernán Larraín, el cual expresó (negritas nuestras):

⁷ Vivanco Martínez, Ángela. “Curso de Derecho Constitucional” (Ediciones UC). Página 42.

“El señor LARRAÍN. Señor presidente, si tenemos presente el objeto del mensaje –este señala que se trata de un proyecto de reforma constitucional que establece la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres-, observamos que no se pretende innovar el tenor del actual artículo 1º de la Constitución.

En consecuencia, no parece posible desprender un significado distinto del que hoy tiene la expresión “Los hombres”. **De manera que la interpretación del honorable senador Bombal, a mi entender, es correcta.**

Creo que si se aprueba el proyecto –parece que así va a ocurrir- la interpretación dada a la referida norma deberá seguir, porque no se modifica su sentido con la expresión “las personas”, agregada en la Comisión a sugerencia del senador señor Hamilton. Ese hecho no altera la búsqueda de la igualdad como objetivo central de la misma iniciativa y **no cambia la noción del término “persona”, que, dentro de la tradición jurídica, ha incluido como sujeto de derecho al que está por nacer”⁸.**

Finalmente el proyecto fue aprobado en estos términos: "Artículo único: Introdúcense las siguientes modificaciones en la Constitución Política de la República de Chile:

1) Sustitúyese en el inciso primero del artículo 1º, la expresión "Los hombres" por "Las personas", y 2) Agrégase, al final del párrafo primero del número 2º del artículo 19, la oración "Hombres y mujeres son iguales ante la ley". Por tanto, se modificó la constitución en el sentido de sustituir la palabra “hombres” por “persona”, pero con la finalidad exclusiva de establecer igualdad jurídica entre hombres y mujeres. La reforma constitucional no quiso cambiar nada en lo referente al *nasciturus*.

⁸ Vivanco Martínez, Ángela. “Curso de Derecho Constitucional” (Ediciones UC). Página 42.

El temor del senador Bombal sobre una interpretación de la reforma constitucional que quitara al *nasciturus* su calidad de persona es fundada. Como hace notar el profesor Corral “el riesgo es real, tanto que uno de nuestros más esclarecidos juristas ha incurrido en esta interpretación que amenaza con hacernos retroceder a la etapa en la que persona no era más que una fórmula técnica de contenido variable. Se trata del profesor Guzmán Brito, que en su ensayo sobre *El Derecho Privado Constitucional de Chile* entiende, aunque a su pesar, que la letra del art. 74 del Código Civil impide reconocer la personalidad del *nasciturus* también en el plano constitucional. El autor estima que ni la libertad ni la igualdad ni la dignidad a las que se refiere el art. 1 de la Carta se aplican al niño concebido: "Por 'personas' se entiende, desde luego, a las naturales en el sentido del artículo 55 del Código Civil. Pero no al que está en el vientre de su madre, vale decir, al concebido que no ha nacido aún, porque no ha principiado a ser legalmente persona, en los términos del artículo 74 inciso 1 CC., y porque la norma aplica la igualdad a quienes '*nacen*' y el *nasciturus* es quien no ha nacido todavía"⁹.

Otro ejemplo coincidente con la opinión del profesor Guzmán Brito, y que vuelve a dar la razón al senador Bombal de su temor, la encontramos en el trabajo ya citado de Laura Mayer, quien no está de acuerdo con los que afirman que la modificación de la Constitución “no podía entenderse como una alteración del estatus constitucional del *nasciturus*. Sin embargo, el significado del verbo “nacen” es claro y si la intención del legislador era otra, debió haberla reflejado claramente en el texto de la Constitución”¹⁰.

⁹ Corral Talciani, Hernán, “El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida”, en: *Ius et Praxis*, vol.11 N° 1 (2005). Página 43.

¹⁰ Mayer Lux, Laura. *La vida del que está por nacer como objeto de protección legal*. En Revista de Derechos Fundamentales - Universidad Viña del Mar - N° 5 (2011). Página 64.

Ahora bien, al momento de interpretar una norma tenemos las reglas que nos brinda el código civil, en concreto el artículo 19: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o *en la historia fidedigna de su establecimiento*”.

Y, con la extensa cita que hemos puesto arriba queda claro cuál era la intención de los legisladores al introducir la reforma a la constitución. Resulta curioso, por decirlo de alguna manera, que se recurra al código civil para quitarle su condición de persona humana al *nasciturus*, y no se recurra a él para interpretar una norma constitucional de la cual se dejó constancia expresa de su significado y alcance en la historia fidedigna con el claro propósito de evitar la confusión que de hecho sí se produjo.

Pero, por qué se mantiene el verbo “nacen”. La respuesta es más bien de orden histórico. Chile es el primer país Americano y segundo a nivel mundial en que se abolió la esclavitud. En este sentido Corral nos señala que “La abolición legal de la esclavitud en Chile se produjo a comienzos del siglo XIX, luego de un largo proceso de debates políticos. Por insistencia de Manuel de Salas, destacado político e intelectual chileno, se promulgó la ley de libertad de vientres el 15 de octubre de 1811. Como la esclavitud fue una condición jurídica que se heredaba por vientre materno (*partus sequitur ventrum*), todos los hijos nacidos de madre esclava serían libres desde ese momento. La disposición afectaba también a las esclavas que fuesen vendidas al extranjero y a cualquier esclavo que llegara a Chile y que se mantuviera en el territorio por un lapso de seis meses”¹¹. Por tanto, el verbo “nacen” –que siempre va acompañado del verbo “libre- ”se justifica desde esta comprensión histórica de la norma, y no como un elemento que pretenda

¹¹ Página “Memoria Chilena” / <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-95115.html>.

excluir al *nasciturus* de su condición de persona. Por eso afirma el profesor Corral que “es manifiesto, incluso hasta por su propia ubicación de "norma póstica", que el art. 1 utiliza el vocablo persona en su noción institucional, como "base de la institucionalidad", según reza el epígrafe del capítulo I en el que se inserta. Al hablar, por ejemplo, de que el Estado está al servicio de la persona, no puede sino estar pensando en el ser humano y en cualquier ser humano. El primer párrafo necesariamente, por su contexto y por su historia, se refiere a la persona como ser con dignidad anterior a las determinaciones y elaboraciones jurídicas. La mantención del término "nacen" no puede operar una limitación a esa noción sustancial de persona, ya que, como es conocido, su inclusión obedece a una reminiscencia histórica a la esclavitud”¹².

Además de esta razón histórica, y toda vez que queda suficientemente claro en las precisiones que se realizaron al momento de discutirse la reforma constitucional y de la cual se dejó constancia en la historia fidedigna de la ley, hay otra manera de interpretar el verbo “nacen” que sí se concilia con la realidad de que el *nasciturus* es persona humana. Esta otra forma de entender el verbo nacen nos lo otorga la profesora Vivanco: “la utilización del verbo “nacen”, en la frase que nos ocupa, no alude al hecho físico del nacimiento ni a los criterios civiles de separación de la madre, sino a la idea de principio o de inicio. En efecto, la persona, en su esencia, desde un inicio, que no está sujeto a acto de autoridad alguno, es libre e igual a las demás en dignidad y en derechos. En otras palabras, es generada con dichas características, le son intrínsecas y no adquiridas. El punto es que, a diferencia de una interpretación civilista del tema, esa generación ocurre en realidad, como de ello da cuenta sobradamente la ciencia, no cuando el individuo nace, sino cuando es concebido. Es obvio que, mientras no nazca, no puede ejercer a plenitud muchos de esos derechos ni toda su libertad, pero sí debe ser libre y preservado de las injerencias de otros y gozar de la dignidad y del

¹² Corral Talciani, Hernán, “El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida”, en: *Ius et Praxis*, vol.11 N° 1 (2005). Página 44.

respeto que merece como miembro de la especie humana, en lo que verdaderamente radica la condición de persona”¹³. Esta interpretación del verbo “nacen” es concordante con su origen histórico, pero también resaltando su valor ontológico al no encerrar su significado en el hecho material de nacer sino ampliarlo a la dignidad que tiene la persona desde el momento mismo en que comienza a existir. Como se puede apreciar, entender así el verbo “nacen” no es otra cosa que llevar hasta sus últimas consecuencias el uso que se le dio por nuestros legisladores en el siglo XIX para abolir la esclavitud. En definitiva, en uno y otro caso lo que se quiere significar es aquella dignidad superior que posee la persona humana y que el Derecho no puede coartar, sino reconocer y amparar.

Todo lo dicho es absolutamente acorde con otra norma de interpretación de la ley que nos indica el código civil en el artículo 22: “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la *debida correspondencia y armonía*”.

2.5 Momento en que se comienza a ser persona.

Como se señaló arriba, luego de dilucidar el problema que surgía respecto el verbo “nacen” en la consideración del *nasciturus*, ahora debemos conciliar el texto del artículo 19 de la Constitución con nuestro Código Civil respecto el momento en que se comienza a ser persona humana. Para esto volveremos a plantear los argumentos del problema, y posteriormente daremos la manera en que se puede arribar a una solución.

En resumen, el problema que se plantea, en palabras de la abogada Mayer, es el siguiente: “Según el artículo 19 N° 1 inciso 1 de la Constitución Política de la República de Chile, la Constitución asegura a todas las “personas” el derecho a la

¹³ Vivanco Martínez, Ángela. “Curso de Derecho Constitucional” (Ediciones UC 2006). Página 41.

vida. De la sola lectura de dicha disposición se plantean dos cuestiones fundamentales: primero, quienes son titulares del derecho constitucional a la vida establecido en dicha norma; segundo, cuál es el sentido y alcance de dicho derecho constitucional a la vida.

Para nuestro ordenamiento jurídico “persona” es el ser humano nacido. A dicha conclusión puede llegarse en virtud de lo establecido en el Código Civil chileno, cuyo artículo 74, a propósito de la existencia legal de la persona, dispone expresamente: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre”. Consiguientemente y de acuerdo con dicha disposición, solo con el nacimiento comienza la existencia legal de la persona; antes de dicho evento no existe una persona desde un punto de vista legal¹⁴.

Continúa argumentando la profesora Laura Mayer: “Por su parte, el inciso segundo –del artículo 19 de la Constitución- de dicha norma establece expresamente: “La ley protege la vida del que está por nacer”. Pues bien, si el *nasciturus* efectivamente fuese persona y, consiguientemente, se reconociera constitucionalmente su titularidad del derecho subjetivo constitucional a la vida, que se establece respecto de los seres humanos nacidos en el primer inciso, el inciso segundo sería superfluo. Puesto que se trata de supuestos distintos –en un caso la titularidad de las personas del derecho constitucional a la vida, en otro caso, la vida del *nasciturus* como objeto de protección legal– es que la Constitución chilena establece estos dos incisos, en lugar de uno”¹⁵.

Por lo que concluye lo siguiente: “que, tanto de acuerdo con las normas del Código Civil, como en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política de la República, persona es quien ha nacido. A partir de lo expuesto puede concluirse

¹⁴ Mayer Lux, Laura. *La vida del que está por nacer como objeto de protección legal*. En Revista de Derechos Fundamentales - Universidad Viña del Mar - N° 5 (2011). Página 64.

¹⁵ *Ibíd.* Página 65.

asimismo, que el artículo 19 número 1 Constitución Política de la República establece un estatus diferenciado entre las personas y el *nasciturus*. Mientras que las primeras son titulares del derecho subjetivo constitucional a la vida, la Constitución consagra a la vida del que está por nacer como objeto de protección imperativo para el legislador”¹⁶.

Por tanto, por la aplicación del artículo 74 del código civil el *nasciturus* no es persona. Y por lo mismo se desprende que la protección a la vida del *nasciturus* que se señala en el artículo 19 inciso 2 de la Constitución difiere de la protección a la vida de que gozan las personas ya nacidas. En un caso estaríamos hablando de una simple protección legal, de la cual sería titular el *nasciturus*, frente a un derecho constitucional a la vida del que gozan quienes ya han nacido.

La interpretación precedente es equivocada. En nuestra opinión esta manera de interpretar las normas es incorrecta e inadecuada, y mediante ella se puede arribar a conclusiones aún peores. Las razones de por qué esta manera de entender el momento en que alguien comienza a ser persona son erróneas las dividiremos grupos. En primer lugar argumentaremos atendiendo a la pirámide jerárquica en que se clasifican las leyes: la Constitución es superior al Código Civil; y que además ambos cuerpos normativos difieren esencialmente entre sí en su ámbito de aplicación. Por otra parte se verá la correcta interpretación del artículo 74 del Código Civil, en cuanto en él encontramos la regla de la ventaja para el concebido según la tesis de la paridad. Además veremos que se aparta del espíritu general con el cual se redactó la Constitución Política de la República; y por último, pero que se considerará en un capítulo aparte, la evidencia de las ciencias contradice este modo de entender el inicio de la vida humana.

¹⁶ *Ibíd.* Página 66.

2.5.1 Constitución y Código Civil: Jerarquía y ámbito de aplicación.

Vamos ahora desarrollando estos argumentos. Comencemos por lo primero que se dijo, la diferente jerarquía que existe entre la Constitución y el Código Civil. Las normas, aunque todas tengan tal naturaleza, no son iguales entre sí, admiten clasificación y gradación. Entre las distinciones y clasificaciones que se hacen, siempre al inicio del estudio del Derecho se enseña que las normas se ordenan jerárquicamente. La importancia de esta clasificación radica en que la validez de todas las normas jurídicas emana y depende de otra superior, a la que el resto deben su validez y eficacia. Y todos están de acuerdo que la norma de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico de cualquier país es la Constitución Política de la República. Es ella la que ocupa el lugar preeminente en la pirámide que se suele representar para graficar esta idea. De manera tal, que las demás normas para obtener su validez y eficacia deben estar en concordancia y armonía con la Constitución. Se entiende que de existir divergencias se preferirá la carta magna sobre cualquier otra ley. Para ilustrar esto consideremos un caso en que la pugna entre una norma cualquiera y la Constitución se ventilara en juicio. Es la propia constitución la que entrega el mecanismo para hacer valer su superioridad mediante el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, otorgando jurisdicción al Tribunal Constitucional para que “resuelva, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”¹⁷. Es lo que se llama supremacía Constitucional, por la que toda norma que se dicte en nuestro país debe respetar todos y cada uno de los preceptos constitucionales. En el caso en comento vemos, según la interpretación planteada arriba, habría un problema entre la constitución –norma que ocupa la cúspide jerárquica- y el código civil, toda vez que la constitución señala “la constitución asegura a todas las personas: inciso 2º la ley protege la vida del que está por nacer”, en su lectura natural y obvia no se ve porqué el *nasciturus* queda

¹⁷ Constitución Política de la República, Artículo 93 N° 6.

fuera de la condición de persona si el acápite que lo precede lo trata como tal; mientras que el código civil indica en su artículo 74: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”. Oponiéndose al texto constitucional. Solo por jerarquía de normas debe prevalecer la Constitución por sobre el código civil.

De todos modos, no hay contradicción entre ambas normas por cuanto el ámbito de aplicación es diferente, el Código Civil por su ámbito histórico sólo se está refiriendo al ejercicio de derechos patrimoniales, y el objeto de la Constitución es diverso a aquello. Es muy importante ser capaz de notar esta diferencia, toda vez que un tema en general puede ser tratado por más de una ciencia, es decir compartir el objeto material de estudio –el qué se estudia-, pero sin embargo no tener el mismo objeto formal –el cómo se estudia-, y por lo tanto aunque coincidan en el objeto estudiado o tratado no coinciden en cambio en el modo de acercarse al mismo, y por tanto, sus conclusiones tendrán valor variado según lo que se quiera estudiar. Esta idea también se extiende a las leyes, pues en estas también se preferirían las leyes especiales por sobre las generales. Dicho esto, convengamos que en la Constitución y en el código civil se habla de la persona es decir, coinciden en eso. Pero su enfoque no es el mismo toda vez que no persiguen lo mismo, ya que el objeto de una y otra normativa es diferente. Para ilustrar esto veamos la definición que nos entrega el diccionario de la Real Academia Española de ambas normas. En primer lugar se dice que la constitución es la: “Ley fundamental de un Estado, con rango superior al resto de las leyes, que define el régimen de los derechos y libertades de los ciudadanos y delimita los poderes e instituciones de la organización política”¹⁸. Y por otra parte se define el código civil como aquel “Texto legal que contiene lo estatuido sobre régimen jurídico, aplicable a personas, bienes, sucesiones, obligaciones y contratos”¹⁹. Por tanto, es un conjunto unitario, ordenado y sistematizado de normas de derecho

¹⁸ <http://dle.rae.es/?id=ARRnIn2>.

¹⁹ <http://dle.rae.es/?id=9daBvI8>.

privado, es decir, un cuerpo legal que tiene por objeto regular las relaciones civiles de las personas. Por tanto, el Código Civil tiene por objeto normar los derechos patrimoniales de los que puede ser titular una persona. El objeto no es la persona en sí misma, sino la relación de ésta con las cosas. El profesor Corral resume así la evolución del término persona y su uso en el código civil: "Posteriormente, y desaparecida la sociedad estamental por aplicación del principio de igualdad proclamado por la Revolución Francesa, la noción jurídica de persona se construye sobre la base de las elaboraciones filosóficas que tienen su punto de partida en la concepción kantiana que la concibe como un fin en sí sobre la base de su autonomía. Pero la recepción ahora de la dogmática civil post codificación apunta básicamente a la explicación técnica de la categoría conceptual llamada "derecho subjetivo". El derecho subjetivo precisa un titular, un sujeto. Este sujeto recibe el nombre de persona. Se trata, por tanto, ya de una categoría conceptual propiamente jurídica, *pero de alcance más bien instrumental o técnico*. En esta etapa, el punto de inflexión para reconocer o no la personalidad (subjetividad) tiene que ver con los derechos patrimoniales (únicos ha los que se considera propiamente derechos) y con la noción de capacidad: aptitud para adquirirlos. En este contexto se consolida la teoría de la "persona jurídica" como atribución de capacidad independiente a una entidad colectiva en todo parangonable a la persona natural. No se ve tampoco inconvenientes en considerar que la personalidad se inicia con el nacimiento, hecho visible y cierto que permite consolidar las adquisiciones patrimoniales, y a su vez puede terminar con un sucedáneo legal de la muerte: la institución de la muerte civil (por condena criminal o por profesión religiosa), que permite la apertura anticipada de la sucesión... Esta concepción de persona como noción técnico-legal llegará a su máxima expresión con el normativismo kelseniano, para el cual el término persona no designa más que un centro de imputación normativa: *un continente sin contenido*. La manualística civil tradicional, incluso hasta el día de hoy, suele estar anclada en esta concepción formalista de la persona; es frecuente la afirmación de que, para el Derecho, ni todos los hombres son personas, ni todas las personas

son hombres”²⁰. Entonces, no se puede tomar el código civil como el único referente para determinar el comienzo de la existencia de la persona humana, toda vez que no es su objetivo ni su propósito dilucidar algo de esta índole. Tanto es esto así que, prosigue Corral, “el mismo Código que declara, para los efectos de la adquisición de derechos patrimoniales, que la "existencia legal" de la persona principia al nacer, no tiene inconveniente en proclamar solemnemente que la ley protege la vida del que está por nacer, y conceder una especie de tutela cautelar (en una especie de anticipación del actual "recurso de protección" del artículo 20 de la Constitución), para que de oficio o petición de cualquier persona el juez adopte "todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra (artículo 75)”²¹.

La Constitución es en cambio el lugar donde propiamente debemos buscar la definición de persona, y el comienzo de su existencia, no solo su existencia legal para efectos de los derechos patrimoniales de los cuales puede ser titular, sino una comprensión omniabarcante de ella pues el objeto de la constitución es éste.

2.5.2 La regla de la Ventaja para el concebido.

Como señalamos, veremos la regla de la ventaja para el concebido. Ella se puede colegir de los artículos 74, 75 y 77 del Código Civil. Particular importancia tendrá entender correctamente la frase del artículo 74 “la existencia legal de toda persona principia al nacer”. Para esto seguiremos la tesis del abogado Ian Henríquez Herrera, el cual postula que se desprende del análisis histórico de la

²⁰ Corral Talciani, Hernán, “El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida”, en: *Ius et Praxis*, vol.11 N° 1 (2005). Páginas 38 – 39.

²¹ *Ibíd.* Página 42.

redacción del Código Civil la regla de la ventaja para el concebido según la tesis de la paridad.

En primer lugar Ian Henríquez indica que “la regla de la ventaja para el concebido o doctrina del *commodum*, es aquella según la cual al concebido se le tiene en el Derecho por nacido para todo lo que le favorezca”²². De esta regla general se llegó al aforismo: *infans conceptus pro iam nato habetur*. Ahora bien, este aforismo ha sido interpretado de dos modos, como explica Ian Henríquez, “la tesis de la paridad, de raíz romano justiniana y recepcionada en el derecho castellano, y la tesis de la ficción, de origen germano pandectístico, y recepcionada principalmente en el BGB y en el Código Civil italiano de 1942”²³. Como veremos, nuestro código sigue la tesis de la paridad.

En nuestro Código Civil no aparece el aforismo de manera literal, como sí aparece en otros Códigos, por ejemplo el peruano. Pero existen dos artículos que la doctrina considera que son manifestaciones de él. Nos referimos a los artículos 75 y 77 del Código Civil, que ahora transcribimos:

Art. 75. La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.

Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.

Art. 77. Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento

²² Henríquez Herrera, Ian. “La regla de la ventaja para el concebido y el aforismo “*infans conceptus pro iam nato habetur*” en el derecho civil chileno”. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII (Valparaíso, Chile, 2006, Semestre I). Página 88.

²³ *Ibíd.*

se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 74, inciso 2º, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.

Ian Henríquez señala que, respecto estos dos artículos, “el aspecto verdaderamente problemático es la fundamentación de la regla: al concebido se le tiene por nacido porque se le equipara en su estatuto jurídico al ya nacido (tesis de la paridad), o porque para ciertos casos se finge que es una persona nacida aunque en realidad no lo sea (tesis de la ficción)”²⁴. Ya que el hecho de que son expresiones del aforismo no se discute. El mismo Henríquez señala que por ejemplo “Claro Solar, comentando el art. 75 señala que la legislación romana formuló el principio de que el que ha de nacer se considera nacido para todo lo que le favorece; “principio que los autores modernos expresan diciendo: ‘*nasciturus pro jam nato habetur si de ejus comodo agitur*’”. Y que Barros Errázuriz, comentando el art. 77, expresa similar opinión: “este principio, admitido ya en el derecho antiguo, se contenía en el siguiente aforismo ‘*infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*’, es decir, que el que ha de nacer se considera nacido para todo lo que le favorece”²⁵. Por tanto, lo realmente importante es resolver si nuestro Código Civil siguió en su redacción y espíritu la tesis de la paridad, o si en cambio se inclinó por la tesis de la ficción.

a. Tesis de la paridad y tesis de la ficción.

Es importante lograr captar bien los planteamientos de ambas tesis y sus consecuencias, pues siguiendo una u otra se llega a conclusiones relevantes en el ámbito jurídico respecto el *nasciturus*.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ *Ibíd.* Página 102.

Ian Henríquez resume de la siguiente manera las ideas centrales de la tesis de la paridad y la tesis de la ficción, y hace notar la diferencia que existe entre ellas: “A lo largo de la historia del derecho occidental, la regla de la ventaja o *commodum* ha tenido básicamente dos fundamentaciones. Una, más antigua y que arranca desde los juristas clásicos, es la que ha sido denominada “de la paridad”, inserta en la tradición romano-justiniana y castellana. Otra, más reciente, datada en el siglo XIX, que llamamos “de la ficción”, y está inserta en la tradición germana.

La primera, establece que la regla de la ventaja del concebido, se basa en una equiparación entre el nacido y el no nacido. Por consiguiente, su existencia se tiene por cierta, y se le reputa nacido para todo lo que le favorezca. La segunda, parte de la base de que el *nasciturus* no es un ser humano, no tiene existencia propia, es tan sólo una víscera o porción de la madre; pero se finge que existe para solucionar un elenco acotado de problemas prácticos, básicamente de tipo hereditario. En rigor, entonces, la doctrina de la ficción restringe la regla de la ventaja, puesto que ya al concebido no se le tiene por nacido para “todo” lo que le favorezca, sino que sólo para algunos casos específicos.

La doctrina de la paridad ha sido sostenida por romanistas contemporáneos como Pierangelo Catalano, María Salazar Revuelta, y Juan Manuel Blanch, entre otros, y tiene antecedentes en los juristas clásicos. La doctrina de la ficción tiene su exponente mayor en Savigny, y, al parecer, tendría antecedentes en Baldo.

La principal consecuencia de una u otra fundamentación es el carácter general o excepcional de la equiparación entre el no nacido y el nacido. Para la doctrina de la paridad, la equiparación es general, siempre y cuando se trate del bien del *nasciturus*. Para la doctrina de la ficción, en cambio, la equiparación es excepcional. La técnica legislativa que se deriva de ellas es, por consiguiente, también diversa. Para la doctrina de la paridad, la equiparación no requiere texto

expreso, puesto que constituye un principio general. Para la doctrina de la ficción, a la inversa, la equiparación habrá de requerir norma legal expresa”²⁶.

Por tanto, siguiendo la tesis de la paridad entre el *nasciturus* y el hijo concebido, lo preponderante será la frase “todo lo que le favorezca”, pues ese *todo* será expansivo incluso ahí donde no se considera norma expresa respecto de él. En cambio, la tesis de la ficción, precisamente por tratarse de una elaboración mental que no es correlativa con la realidad, será aplicable donde haya norma expresa, es decir, donde el legislador quiso aplicar esa ficción.

Entonces, ¿cuál es la tesis que sigue el Código de Bello? La doctrina se ha inclinado por la tesis de la ficción. Señala Ian Henríquez que “con Claro Solar... se produce un giro dogmático, al incorporar la doctrina savignyana. En efecto, en Claro Solar vemos reproducido casi literalmente el pensamiento del autor del *Sistema de Derecho Romano*, y con él se inaugura una línea doctrinaria que permaneció sin variaciones durante casi todo el siglo pasado, que se sustenta en la doctrina de la ficción, y que entiende que la existencia legal es constitutiva de la personalidad. Este giro dogmático tiene antecedentes en Chacón, quien cita ya a Savigny al comentar los arts. 74 y 77 del Código Civil.

Así, Barros Errázuriz, Pescio, Alessandri, Somarriva –por mostrar tan sólo a los más influyentes– se limitan a reiterar esta doctrina”²⁷.

Además de estos autores, que defendieron la tesis de la ficción en relación al concebido, se da un argumento que dice relación con el lugar que ocupa dentro del Código Civil los artículos referentes al *nasciturus*. Ian Henríquez explica este razonamiento así: “uno de los argumentos que se suele utilizar en nuestro medio para afirmar que el concebido no existe como sujeto de derecho, es *per rubricam*.

²⁶ *Ibíd.* Página 94.

²⁷ *Ibíd.* Página 111.

El artículo 74 está inserto en el título cuya rúbrica es “del principio de la existencia de las personas”. Por consiguiente, lo que allí se norma es, precisamente, dicho principio.

El argumento que examinamos, *per rubricam*, es, de suyo, muy débil como fundamento del razonamiento jurídico. Por cierto, nadie afirmaría seriamente que la buena fe se presume sólo en materia posesoria, dado que el art. 707 está en el tít. VII del Lib. II. Como tampoco, no se continúa sustentando la posición, basada en un argumento *per rubricam*, de que el régimen supletorio de la responsabilidad civil es el régimen contractual, puesto que este tipo de responsabilidad se regula bajo el epígrafe del efecto de las obligaciones.

Lo curioso es que el argumento *per rubricam*, que es deficitario, ha tenido más importancia incluso que el tenor literal del mismo artículo 74. Como se sabe, dicho artículo alude a la “existencia legal”. No dice “la capacidad jurídica de los hombres”, como sí lo hace el BGB; ni usa otras expresiones similares. Sin embargo, la “existencia legal”, que es un término técnico utilizado para zanjar la disputa de los hijos abortivos, ha sido entendida *–per rubricam–* como sinónimo de personalidad²⁸. Por lo que se puede concluir que el argumento *per rubricam* no es decisivo a la hora de interpretar correctamente el artículo 74 y siguientes del Código Civil.

Ahora trataremos de demostrar por qué el código Civil en realidad sigue la tesis de la paridad, y no la de la ficción.

En primer lugar debemos hacer referencia a un tema que tenía gran relevancia en la época que Andrés Bello redactó el Código: el problema de la distinción entre el nacimiento natural y el nacimiento abortivo. Ian Henríquez explica así que se debe entender por uno y otro. Nacimiento natural “aludía a un

²⁸ *Ibíd.* Página 112.

nacimiento dentro de tiempo naturalmente posible, tanto por su duración en sí, cuanto por la posibilidad física de acceso del esposo a la madre del niño”. El nacimiento abortivo, “calificaba la ausencia de alguno de los dos elementos anteriores. Es decir, un nacimiento era abortivo cuando se producía extemporáneamente por prematuro; o bien, se equiparaba a abortivo cuando se excedía del plazo en que pudo haber acceso la mujer. Si el nacimiento era natural, el hijo heredaba; a diferencia del hijo de nacimiento abortivo. En ese entendido, eran cuatro los requisitos copulativos para ser tenido como hijo nacido en parto natural: nacer todo vivo, tener figura humana, vivir un periodo y ser bautizado”²⁹. La redacción que empleó Bello tuvo por finalidad dilucidar de manera clara este problema.

Para comprender cabalmente esto, Ian Henríquez estudia la forma como se trataba al *nasciturus* en las redacciones anteriores a la que actualmente conocemos, señalando que en “el proyecto de 1841-1845 contenía una norma que exigía capacidad natural y civil para suceder y afirmaba la capacidad sucesoria del *nasciturus* (art. 8), cumpliendo el requisito de sobrevivir al nacimiento veinticuatro horas a lo menos. De igual modo, el libro de los contratos y obligaciones convencionales contenía una norma muy similar a propósito de la capacidad para recibir donaciones. El proyecto de 1846-1847 mantiene el mismo texto y numeración del anterior artículo 8 relativo a la capacidad para suceder, añadiéndole un inciso que considera válidas las asignaciones testamentarias a favor de personas que no existen pero se espera que existan. En cuanto a la capacidad para recibir donaciones, el texto tampoco sufrió mayores modificaciones. De estos proyectos se colige que para Andrés Bello el concebido tenía existencia natural y civil y era distinto de las personas futuras que se espera que existan”³⁰.

²⁹ *Ibíd.* Página 96

³⁰ *Ibíd.* Página 98

Siguiendo este análisis histórico a la redacción de los artículos en comento, también es relevante estudiar las notas que Bello va colocando en su trabajo. Ian Henríquez señala que “el art. 8 del proyecto de 1841-1845 tiene unas llamadas a pie de página, signadas (h) e (i), que corresponden a las que figuran en el manuscrito inédito del llamado Primer Proyecto, y en lo substancial son muy similares a las notas del art 76 del proyecto de 1853, a partir de lo cual es fácil colegir la relación entre estos artículos. Esta hipótesis se refuerza por la comparación con los comentarios de Bello en *Los 50 artículos del Código Civil explicados por su autor*.

La cita que se repite en los textos del Primer Proyecto y el de 1841-1845 es: Llámas, *comment. a la lei 13 de Toro* No 9. La cita de Sancho Llámas y Molina corresponde al *Comentario crítico jurídico literal a las ochenta y tres leyes de Toro*. En los números 9 a 15 del comentario a la ley XIII, Sancho Llámas explica en detalle cuándo y por qué un parto habrá de considerarse abortivo, y en consecuencia, el hijo no será heredero. El contenido de la cita de Llámas clarifica el sentido de la regla que quiso Bello establecer: disipar dudas respecto de cuándo un hijo hereda a su padre, o si se quiere, en categorías de la época, cuándo un parto es natural o abortivo. Esta hipótesis se refuerza por otra nota al artículo 76 del proyecto de 1853, que señala que se modifica la ley 2, t. 5o, lib. 10 de la Nov. Recop., la que establecía una regla para determinar cuándo los hijos eran o no abortivos. Del comentario que Bello transcribe al pie de este artículo queda de manifiesto su intención: 1) establecer una regla de certeza para estos casos, 2) disminuir los requisitos en pro de la igualdad”³¹.

³¹ *Ibíd.* Páginas 99 y 100.

b. La influencia de Savigny.

Varios autores, como Claro Solar según se dijo arriba, sostienen la influencia de Savigny en la redacción del artículo 74 del Código de Bello. Y como Savigny es un defensor de la tesis de la ficción, nuestro Código consecuentemente siguió esa doctrina jurídica. Ian Henríquez así explica los fundamentos en que sustenta la teoría de la ficción el jurista alemán: “para Savigny... el punto de partida doctrinal está en un texto de Ulpiano conocido como *portio mulieris*, en D. 25, 4, 1, 198, por el cual, feto no es todavía una criatura humana, le falta existencia propia, debiéndosele considerar parte de la madre. Savigny introduce explícitamente la noción de ficción para tratar sobre el *nasciturus*: “Muchos textos del derecho romano dicen terminantemente que, durante la gestación, el feto no es todavía una criatura humana, le falta existencia propia, debiéndosele considerar como formando parte de la madre, mientras que otros, por el contrario, le asimilan al infante ya nacido. Esta última regla, atentamente considerada, hace desaparecer toda contradicción. La primera expresa la realidad de las cosas en un estado presente; la segunda es una simple ficción que no puede aplicarse sino a un cierto número de hechos especialmente determinados y en muy estrecho límite”³².

Conviene en este punto transcribir los textos a los que hace referencia Savigny, y que fueron los que sirvieron de sustento para elaborar la tesis de la paridad. Ian Henríquez los transcribe en el trabajo que estamos citando, e indica que estos son los más relevantes. El Primero es (Gai 1, 147): “*Cum tamen in conpluribus aliis causis postumi pro iam natis habeantur, et in hac causa placuit non minus postumis quam iam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut si uiuis nobis nascantur, in potestate nostra fiant. Hos etiam heredes instituere possumus, cum extraneos póstumos heredes instituere permissum non sit*” [“Puesto que en la mayoría de los casos los hijos *póstumos* son considerados

³² *Ibíd.* Página 105.

como si hubieran nacido, también en este caso se admite darles tutores por testamento, si están en esa situación, siempre que en caso de nacer estando nosotros vivos, se coloquen bajo nuestra potestad. A ellos podemos instituirlos herederos, aunque no está permitido hacerlo con póstumos extraños”]³³.

Y el segundo es el I texto de D. 1, 5, 7 refiere: “*Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur, quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit*” [“El que está en el útero es atendido lo mismo que si ya estuviera entre las cosas humanas, siempre que se trata de las conveniencias de su propio parto, aunque, antes de nacer, en manera ninguna favorezca a un tercero”]³⁴.

Como se ve, los textos claramente expresan la tesis de la paridad. Sin embargo, Savigny lo interpretaba en el siguiente sentido, según explica Ian Henríquez: “... resuelve la pretendida contradicción de los textos romanos del siguiente modo: para los juristas romanos el *nasciturus* no existe, y sólo se finge que existe para poder solucionar, con criterio práctico, un cierto número de hechos determinados y muy limitados. Para Savigny la capacidad natural comienza al momento del nacimiento, es decir, en el momento en que una criatura humana está completamente separada de su madre”³⁵.

Como el mismo Bello reconoce tener influencia de Savigny, y por el parecido en la forma de la redacción definitiva que tuvo el artículo 74 con un pasaje del *Sistema de Derecho Romano*, es que varios autores concluyeron la adhesión de Bello a la tesis de la ficción. Ian Henríquez hace el paralelo de los textos:

³³ *Ibíd.* Página 91.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ *Ibíd.* Página 105.

Savigny

Art. 74:

“La capacité naturelle commence au moment de la naissance, c'est-à-dire, au moment où une creature humaine est complètement séparée de sa mère”.

Y concluye: “Como se ve, Bello recibió un fuerte influjo de la doctrina de la ficción, a través de su pensamiento romanista. No obstante, pensamos que existen razones graves para descartar la adhesión del codificador chileno a la teoría de la ficción en las normas de los arts. 74 y 77”³⁶. El problema, según Ian Henríquez, es que *Bello intentó expresar la doctrina castellana bajo la sistemática de Savigny*. Es decir, mantuvo la forma pero con variación en el fondo. Sustenta esta afirmación con los siguientes argumentos: “Sabido es que Bello solió introducir sutiles –pero relevantes– modificaciones a los textos que tuvo en vista. El texto savignyano dice “la capacidad natural”. El texto de Bello dice “la existencia legal”. La diferencia se hace más notoria si se considera que en el manuscrito de los *Principios de Derecho Romano* Bello habla de “capacidad de derecho”. Por lo tanto, no puede ser casual el giro lingüístico”³⁷.

“Ilumina esta cuestión el texto del proyecto de 1841-1845, pues, como se señaló en su momento, resulta claro que para Bello el concebido tenía existencia natural y civil. Es claro que la expresión “existencia legal” quiso significar algo distinto de “capacidad natural”. Pero además Bello omitió utilizar otras expresiones, como “capacidad de derecho” –que usó en los *Principios de Derecho Romano*–, o “capacidad civil”. En ese entendido, la expresión “existencia legal”, tendría un carácter más restringido que la segunda, “capacidad civil”, y la

³⁶ *Ibíd.* Página 106.

³⁷ *Ibíd.* Página 106.

expresión “capacidad natural” sería más general aún. La “capacidad natural” constituiría un género, que contendría la “capacidad civil”. Dentro de esta última tendría cabida una tipología especial, cual es la “existencia legal”.

Conforme a los artículos 962 y 1390 del Código promulgado, para ser capaz de suceder y de recibir donaciones es necesario existir natural y civilmente. Desde la promulgación del Código y hasta nuestros días se ha entendido que el *nasciturus* es capaz de suceder y de recibir donaciones. Luego, el *nasciturus* existe natural y civilmente. Sin embargo, la existencia legal de toda persona principia al nacer, en consecuencia el *nasciturus* no tiene existencia legal. Es decir, el *nasciturus* tiene existencia natural y civil pero no legal.

Para dilucidar la cuestión anterior podemos remitirnos al objetivo específico que tuvo la norma del art. 74, según se desprende de las notas de Bello y del contexto legal y doctrinario. La regla de la “existencia legal” es una regla específica, de alcance limitado, tendiente a resolver la disputa de hijos abortivos y su capacidad sucesoria. Esta tesis se refuerza por la exégesis que García Goyena hizo de la expresión “Para efectos legales” del artículo 107 de su Proyecto, en el que señala que dicha expresión equivale a “sobre herencias”, añadiendo que “en este sentido han hablado todos los Códigos antiguos y modernos”³⁸.

Por tanto, puede concluir Ian Henríquez que “en forma análoga a lo ocurrido en el Tít. II del Libro IV, Andrés Bello “se valió de Savigny en controlada medida”, tan sólo a efectos de la sistemática y de la forma, pero no en el fondo de la materia regulada, manteniendo en su esencia el derecho romano castellano vigente. En rigor, el párrafo 2º del tít. II del libro I del Código Civil chileno, mantiene el esquema ya trazado en C. 6, 29 y en la P. 4. 3: están las reglas respecto de la ruptura del testamento (C. 6, 29, 1 a 3) y una regla de cómputo de plazos (C. 6, 29, 4; P. 4, 23, 4). Es decir, lo mismo que los artículos 74 y 76 del Código Civil. En

³⁸ *Ibíd.* Página 107

el caso de este último, el párrafo contiene, además, la norma del artículo 75, que es el equivalente de la P. 4, 23, 3, y la del artículo 77, que es una manifestación técnica del texto de D. 1, 5, 26, 9³⁹.

Por tanto, podemos concluir que los artículos 74, 75 y 77 del Código Civil son una expresión del aforismo: “*infans conceptus pro iam nato habetur*”. Y que dicho aforismo debe ser interpretado en el sentido de la regla de la ventaja para el concebido siguiendo la tesis de la paridad.

2.5.3 La visión de Persona en la Constitución.

Finalmente, el último argumento que daríamos se funda en que la interpretación de que el nasciturus no es persona se aparta del espíritu general con el cual se redactó la Constitución Política de la República. Es conveniente ponerlo después de haber analizado los artículos del código civil y no después de que se estudió el objeto de la constitución, para que se vea de mejor forma que el espíritu de la Constitución tampoco se encuentra reñido con el espíritu del código Civil. Como dijimos arriba “la estructura de la Carta Fundamental de 1980 descansa en una concepción humanista y cristiana del hombre”. Por tanto, el concepto de persona que debemos sub-entender en nuestra Carta Magna, y que la atraviesa a lo largo de todos sus artículos, es el concepto cristiano de “persona”. Por tanto, resulta tremendamente pertinente preguntarse en qué consiste dicho concepto.

Debemos comenzar señalando que el término persona es anterior al pensamiento cristiano, pero que, como señala Corral, “a raíz de las discusiones teológicas de los primeros siglos de la era cristiana, el término persona adquiere un significado filosófico para aludir a la sustancia de naturaleza intelectual,

³⁹ *Ibíd.* Página 109.

predicable primero respecto de las relaciones de Dios Uno y Trino, luego a Cristo: dos naturalezas en una sola persona, hasta hacerse referible al ser humano, considerado "substancia individual de naturaleza racional", en la clásica definición de Boecio⁴⁰.

Analícemos brevemente el recorrido histórico que se vivió para llegar a la definición de Boecio. En primer lugar respecto el significado del término persona, dice el P. Lucas Prieto, "se discute mucho sobre el origen etimológico del término persona, pero puede en general aceptarse que en sus inicios decía relación a un personaje teatral. Al parecer vendría del griego πρόσωπον (prosopon), que significa máscara. Luego habría pasado a significar personaje (es decir, del signo a lo significado)⁴¹". Entonces, en un primer momento persona significaba las máscaras que usaban los actores de teatro para representar las obras, y luego pasó a designar al mismo actor, y se diluyó su sentido de máscara.

De todos modos para llegar a una definición real de persona no nos debemos alejar del todo de las máscaras que utilizaban los actores, como nos indica Santo Tomás, "porque en las comedias y tragedias se representaba a personajes famosos, se impuso el nombre de persona para indicar a alguien con dignidad, pues es de la máxima dignidad subsistir en la naturaleza racional. Por esto, todo individuo de naturaleza racional se dice persona"⁴². "De este modo, persona no fue sólo un término para referirse a alguno digno dentro de la naturaleza humana, sino para designar la dignidad frente a todos los otros entes del ser humano: *quiere significar lo singular y único*"⁴³.

Avanzando en este sentido se llegó a la definición de Boecio: "Substancia individual de naturaleza racional". ¿Qué quiere decir esta definición? So pena de

⁴⁰ Corral Talciani, Hernán, "El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida", en: *Ius et Praxis*, vol.11 N° 1 (2005). Página 38.

⁴¹ Prieto Sánchez, Lucas. Apuntes de Filosofía. Página 202.

⁴² Aquino, Tomás. Suma Teológica q. 29 a.3 ad 2.

⁴³ Prieto Sánchez, Lucas. Apuntes de Filosofía. Página 202.

alagarnos quizás un poco, transcribiremos parte de la explicación que hace de ella Lucas Prieto: “Lo difícil de la definición citada es captar que “persona” es un nombre o palabra muy particular, porque no quiere significar algo común como la palabra “hombre”, sino que va en una dirección totalmente distinta. Una distinción muy elemental que aprendemos en Lenguas es la que existe entre los nombres comunes y los nombres propios. Por ejemplo, si yo digo “árbol”, estoy significando algo común a este o aquel árbol, y si digo “hombre” estoy diciendo lo mismo para Juan y para Pedro. Son nombres comunes porque se refieren a los aspectos que son comunes a todos los individuos de tal especie. Si digo “Juan” en cambio me refiero sólo a un individuo.

El problema es que el término “persona” es como un nombre propio, pero que tiene la apariencia de ser un nombre común, lo que ocurre es que sólo es una apariencia gramatical. Como dice santo Tomás, persona quiere significar a un individuo indeterminado, es como decir Juan, pero sin referirme a Juan (nombra *in recto* al subsistente). Por eso no me refiero a algo común, sino precisamente a lo particular e irrepetible que se encuentra en un individuo. En otras palabras, y tal como se encuentra en la definición, hacemos referencia a lo que Aristóteles llamó sustancia primera, es decir, al individuo concreto que existe. Y esto apareció pensando en los problemas cristológicos, porque se necesitaba una palabra para designar a Cristo en cuanto sujeto, y no simplemente nombrando sus naturalezas.

Es preciso también, hacer una distinción entre el vocablo hombre y el de persona. Cuando yo digo *hombre*, nos estamos refiriendo a aquello en lo cual comunican todos los individuos de una tal naturaleza, en este caso racional (la sustancia segunda). Así, es un término común para designar una esencia común (más allá del problema de que no hay una esencia al margen del individuo); nombra *in recto* la naturaleza de algo, aunque sólo la predicamos de los singulares.

Pero el término persona está en otra dirección. No pretende nombrar lo común a varios es decir, no es una naturaleza universal, aunque desde una perspectiva lógica tenga apariencia de un predicado universal, sino que *in recto* nombra al subsistente, aunque lo haga de un modo indeterminado. Es un nombre que significa a un individuo indeterminado (*individuum vagum*). Es como decir Pedro o Juan, pero no refiriéndome a éste en particular o a aquél. Es un término que quiere nombrar lo individual. Lo singular en cuanto singular y subsistente”⁴⁴.

Para complementar la idea podemos agregar la cita que la profesora Vivanco hace de Tomás Melendo: “La persona –toda persona- se configura como una realidad única e irrepetible y, por tanto, en el sentido más estricto del término, como algo insustituible... en efecto, mientras los demás seres –plantas, animales- se encuentran de alguna manera contenidos en su propia especie, el hombre –cada hombre- se configura como una realidad irreiterable, no incluida en modo alguno en las personas de sus padres ni en el conjunto de todos los seres humanos”⁴⁵.

Y porque la persona es esto, la profesora Vivanco nos trae esta cita de Robert Spaemann, que “no existe un tránsito paulatino desde algo a alguien... Si el ser persona fuera un estado, podría surgir poco a poco. Pero si la persona es alguien que pasa por diferentes estados, entonces los supone todos. No es el resultado de un cambio, sino de una generación, como la sustancia según Aristóteles... La persona no es un concepto específico sino el modo como son los individuos de la especie hombre. Son de tal manera, que cada uno de ellos ocupa un lugar irrepetible en la comunidad de personas que llamamos humanidad y sólo como titulares de ese lugar son percibidos como personas por alguien que ocupa, asimismo, un lugar semejante. Si hacemos depender la concesión del lugar previo

⁴⁴ Prieto Sánchez, Lucas. Apuntes de Filosofía. Páginas 205 – 206.

⁴⁵ Melendo Granados, Tomás, “La dignidad de la persona” en Polaino-Lorente, Aquilino. Manual de Bioética General (Madrid, Rialp, 1997, 3º edición). Página 64. Citado en: Vivanco Martínez, Ángela. “Curso de Derecho Constitucional” (Ediciones UC). Página 263.

del cumplimiento de determinadas propiedades cualitativas, destruimos la incondicionalidad de la demanda. Quien ocupa ese lugar como miembro engendrado, no cooptado, de la humanidad”⁴⁶.

Esperamos que los textos transcritos, de los eminentes filósofos, hayan ayudado a esclarecer quién es la persona –substancia individual de naturaleza racional-, ya que es este el concepto que encierra implícitamente nuestra Constitución, y que de no comprenderlo perderíamos la capacidad de entender la fisonomía misma de nuestro país, los valores en que se funda y se sustenta.

2.6 Qué dice del *nasciturus* la ciencia.

Como puede parecer para alguno no evidente la necesidad de diálogo del Derecho con otras ramas de la ciencia, como la biología en este caso, fundamentaremos brevemente la conveniencia de esto.

El Derecho, al igual que todas las demás ciencias, es producida *por* el hombre y *para* el hombre. Es decir, está a su servicio. Por lo que una lectura del Derecho como si fuera una ciencia encerrada en sí misma, con sus propias leyes inescrutables, las cuales no admiten revisión ni corrección por parte de nada ni de nadie, se asemeja a la figura de la creatura que se revela contra su creador. En vez de ser el Derecho una herramienta eficaz para la organización de la sociedad, serviría en cambio para aislar a la persona y someterla a principios y axiomas que no consideran otros aspectos de la realidad. Ejemplifiquemos esto de una manera caricaturesca: enfrente tenemos una pared, que no sabemos su color, y sin embargo es de vital importancia para la sana convivencia conocerlo. El Derecho, en su afán de crear certezas sociales, ha dicho que la pared es verde. Así se

⁴⁶ Spaemann, Robert. *Personas. Acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”* (Pamplona, Eunsa, 2000). Página 227. Citado en: Vivanco Martínez, Ángela. “Curso de Derecho Constitucional” (Ediciones UC). Página 264.

resuelve este problema social y se evitan conflictos. Pero, con el avance de la ciencia física –supongamos- se llega a conocer que la pared es en realidad roja. Entonces, tenemos que la pared para el Derecho es verde y en la realidad es roja. ¿Debería plegarse el Derecho ante este descubrimiento de la física? ¿Habría que modificar la norma para que se adecúe a la realidad? Los que piensan que el derecho es una ciencia encerrada en sí misma, autosuficiente y que fabrica sus propias verdades dirán que no, porque la verdad jurídica no tiene por qué coincidir con la verdad real. Ante este razonamiento se impone el sentido común: el Derecho debe ser manifestación de la realidad como cualquier otra ciencia, y debe adecuarse a ella, de manera tal que esté al servicio de la persona, y no ésta al servicio de él.

Aplicadas estas ideas al *nasciturus* nos surge la misma interrogante: ¿debe el Derecho mirar lo que otras ciencias han dicho sobre el que está por nacer? Y en el caso de que exista una certeza ¿debe el Derecho someterse y modificarse según ella? Para nosotros es evidente que sí. Para los que no, es porque prefieren llamar a una pared roja que es verde, y quien así razona está claro lo que es.

¿Qué ha dicho la ciencia del que está por nacer? De manera sucinta queremos desarrollar los logros y avances que ha habido en esta materia y exponer sus conclusiones. Por razones obvias pondremos muchas citas, toda vez que no tenemos manejo de esta ciencia.

Es evidente que a las ciencias Biológicas debemos hacerle la misma pregunta que atraviesa toda la memoria, e intentar de responder: ¿es el *nasciturus* persona? ¿Desde cuándo lo comienza a ser? En este campo, que abordamos ahora, hablaremos de la fecundación, del cigoto, del código genético, etc. Todos temas que cualquier persona maneja siquiera de manera básica por lo que no requieren de mayor introducción.

Comencemos por la fecundación, de ella dice José Ugarte: “La biología nos enseña que el espermatozoide y el óvulo son células que participan fundamentalmente por igual en la generación: cada una contiene veintitrés cromosomas, uno de ellos determinante del sexo; y que producida la fecundación, fusionados el espermatozoide y el óvulo en la nueva célula llamada “huevo” o “cigoto”, que posee cuarenta y seis cromosomas como todas las células del cuerpo humano que no sean las generativas, se tiene el embrión que inicia una vida propia con un proceso de división y diferenciación celular, de organización corporal, que culmina en el feto de órganos en lo fundamental completamente formados.

Cada cromosoma de las células germinales tiene un abundante número de genes, que son fragmentos de distinto tamaño de ADN (ácido desoxirribonucleico). En ellos reside la información genética o código genético o genoma, que es la suma de todos los genes. Este código genético es responsable de todo el desarrollo cualitativo y cuantitativo hasta la formación de los órganos definitivos”⁴⁷.

El profesor José Ugarte cita a Ángel Serra señalando: “este genoma, en el cual para usar una comprensible analogía está escrito el plano y el programa de desarrollo de un nuevo sujeto humano, representa la estructura dinámica necesaria aun cuando no suficiente, para el desenvolvimiento ordenado, e intrínsecamente orientado y gobernado del nuevo sujeto hasta la clausura de su ciclo vital”⁴⁸.

En este mismo sentido, el profesor Ugarte señala, que se puede leer en la obra “Embriología básica” de Patten: “al final de cuentas, cada uno de los muchos tipos celulares del cuerpo adulto desciende de una sola célula: el huevo

⁴⁷ Ugarte Godoy, José Joaquín. “Curso de filosofía del Derecho” (Ediciones UC 2010). Página 167.

⁴⁸ Ángel Serra, “Dalle nuove frontiere della biologia e della medicina nuovi interrogativi alla filosofia, al diritto e alla teologia”, en “Nuova genética ed embriopoesi umana”, Vita e pensiero, *Pubblicazioni della Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano* 1990. Página 71. Citado en: Ugarte Godoy, José Joaquín. “Curso de filosofía del Derecho” (Ediciones UC 2010). Página 168.

fecundado. Este hecho implica reconocer que toda la información que se requiere para generar esta diversidad celular está presente en el cigoto⁴⁹.

El profesor José Ugarte cita a Jérôme Lejeune, el famoso genetista francés que descubrió la causa del síndrome de down, quien dice sobre este punto: “al principio, cuando el ser comienza su andadura, exceptuando los accidentes, determina todas sus cualidades. Según la afortunada fórmula de los matemáticos, el ser llamado a la vida se encuentra como reducido a su más simple expresión... Aquí es necesario resaltar que la “esencia” precede a la “existencia”. En efecto, el mensaje codificado del ADN será transcrito al ARN (ácido ribonucleico), que, a continuación, será rehecho. Secundariamente, las proteínas que son las máquinas –herramientas de la célula- serán construidas de acuerdo con el código del ARN mensajero. Esto quiere decir que dadas, de un lado, la máquina de traducir (el citoplasma) y, de otro, la fórmula del ADN (el núcleo y sus cromosomas), se podría conocer exactamente la “esencia” del nuevo ser, aun antes que se haya expresado, es decir, antes de que la existencia sea reconocible⁵⁰.

Por lo que una vez que se lleva a cabo la fecundación se genera el cigoto. Por lo que, concluye el profesor Ugarte citando a Serra que “el cigoto posee un genoma absolutamente único que 1) le confiere una entidad humana; 2) lo distingue de cualquier otro y 3) constituye la estructura fundamental permanente necesaria para el desarrollo rigurosamente orientado del nuevo sistema... Un cuidadoso análisis molecular del genoma demostraría su “singularidad” para cada cigoto: singularidad genómica que, siendo permanente, se puede correctamente

⁴⁹ Embriología Básica de Patten, 5ª. Ed. Bruce M. Carlson, Interamericana Mc Graw Hill 1990, Nueva Editorial Interamericana S.A. de C.V., México, Páginas 324-325. Citado en: Ugarte Godoy, José Joaquín. “Curso de filosofía del Derecho” (Ediciones UC 2010). Página 168.

⁵⁰ Jérôme Lejeune, “Una reflexión ética sobre la medicina prenatal”, en Manual de Bioética General, Autores varios, Rialp, Madrid, 1993. Página 262. Citado en: Ugarte Godoy, José Joaquín. “Curso de filosofía del Derecho” (Ediciones UC 2010). Página 169.

tener como un marcador de la identidad e individualidad biológica de un cigoto dado”⁵¹.

Por lo que el profesor José Ugarte señala que “Lejeune explica, en cuanto a la individualidad que produce el genoma, que son diferentes los mensajes transmitidos por el padre y por la madre, y que una misma persona no transmite la misma información, exactamente, en cada uno de sus espermatozoides o de sus óvulos, de todo lo cual resulta que cada genoma es completamente típico del respectivo ser humano, de modo que nunca se ha dado antes y nunca se volverá a dar después: es una “novedad absoluta”⁵².

2.6.1 Características del desarrollo embrionario que postulan un sujeto biológicamente único.

Todos comparten que una de las características que pertenece a la persona es su calidad de único e irrepetible. Por tanto, si el nasciturus es persona debe reunir estas condiciones, según el profesor José Ugarte que cita a su vez a Ángel Serra, quien “señala tres características fundamentales del desarrollo embrionario que suponen necesariamente unicidad del sujeto, es decir, que haya un único e idéntico sujeto a través de todo ese desarrollo. Estas características son la coordinación, la continuidad y la gradualidad:

- 1) *Coordinación*. En el desarrollo, que se inicia con la fecundación, se dan una sucesión y una interacción coordinadas de actividad celular y molecular, controladas por el programa de la información del genoma, y según estímulos que llegan constantemente del ambiente extracelular. Ahora bien, esta coordinación del proceso de desarrollo supone un control único, el que a su vez exige un sujeto único.

⁵¹ Ángel Serra, “Dalle nuove frontiere.”. Páginas 70-7. Citado en: Ugarte Godoy, José Joaquín. “Curso de filosofía del Derecho” (Ediciones UC 2010). Página 170.

⁵² Ugarte Godoy, José Joaquín. “Curso de filosofía del Derecho” (Ediciones UC 2010). Página 170.

- 2) *Continuidad*. El desarrollo es un proceso ininterrumpido: cada hecho particular, por ejemplo –dice Serra- la replicación celular, la aparición de los esbozos de los miembros y de los órganos, es expresión instantánea de una sucesión ininterrumpida y continua en el tiempo de eventos infinitesimales concatenados el uno con el otro sin solución. Pero esta continuidad supone también que el ser en desarrollo sea el mismo al principio del proceso, a través de él, y a su término.
- 3) *Gradualidad*. La forma definitiva –dice Serra- se alcanza gradualmente, siendo precedida de un número mayor o menor de formas simples. Y esto supone, necesariamente, que el desarrollo tenga una regulación intrínseca al embrión que lo ordene alcanzar la forma definitiva; lo cual a su vez exige un sujeto único a través de todo el desarrollo, desde su inicio hasta su término”⁵³.

Por lo señalado recientemente y lo de más arriba, concluye el profesor José Ugarte que “el embrión es, pues, ser humano, desde el inicio del cigoto. Esto es lo que puede apreciar la Biología: el comienzo del organismo, del cuerpo, del individuo que ella conoce como hombre. La apreciación de si hay o no persona humana no corresponde ya a la Biología, sino a la Filosofía, pues el concepto de persona, y el de alma espiritual, que es lo que hace al hombre ser, a más de individuo, persona, son conceptos filosóficos”⁵⁴. Como ya vimos, el término persona en Grecia carecía de la connotación que actualmente tiene, y fueron las discusiones teológicas y también filosóficas que se dieron en torno a explicar de manera armónica la divinidad y verdadera humanidad de Cristo cuando tomaron los ribetes que tienen actualmente, con los vaivenes que sufrió el término hasta nuestros días.

⁵³ Ugarte Godoy, José Joaquín. “Curso de filosofía del Derecho” (Ediciones UC 2010). Página 173.

⁵⁴ *Ibíd.* página 174.

Para ir cerrando este acápite, replicamos la conclusión de Jérôme Lejeune que transcribe el profesor José Ugarte, de que el ser humano comienza con la concepción: “tan pronto como los veintitrés cromosomas maternos, está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para terminar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo. Así como la introducción de un *minicasete* en un magnetófono en marcha permite la reproducción de la sinfonía grabada, la información contenida en los cuarenta y seis cromosomas (los *minicasetes* de la música de la vida) resultará descifrada por la maquinaria del citoplasma del huevo fecundado (el magnetófono), y el nuevo ser empieza a manifestarse tan pronto como queda concebido: Que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre, no cambia estos hechos. La fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación.

Tal afirmación no es una hipótesis de un teórico, ni siquiera la opinión de un teólogo, sino una constatación experimental”⁵⁵.

Por todo lo dicho, podemos apreciar que la ciencia Biológica puede afirmar con total certeza científica que el que está por nacer es persona. Misma conclusión a la que arriba la Filosofía como ya vimos. Y que a su vez está acorde con nuestra Constitución Política. Es decir, los distintos saberes de una misma realidad confluyen, cada una desde su vereda, a una conclusión común: el *nasciturus* es persona. De esta manera vemos como los saberes por diversos que sean entre sí, no son solo fragmentos inconexos de diversas realidades, sino que son patrimonio de una universalidad mayor, a la cual, si se procede con rigor científico, necesariamente se debe arribar.

⁵⁵ Jérôme Lejeune, “Genética, ética y manipulaciones”, conferencia editada por la Universidad de Católica de Córdoba, 198. Citado en: Ugarte Godoy, José Joaquín. “Curso de filosofía del Derecho” (Ediciones UC 2010). Página 174.

CAPITULO 3.- EL NASCITURUS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR CHILE.

Después de analizar la norma constitucional y su relación con el código civil, corresponde revisar qué dicen los tratados internacionales suscritos por Chile respecto el *nasciturus*, toda vez que éstos son también norma de nuestra nación en virtud del artículo 5 Inciso 2 de la Constitución: "... Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

Sobre el dónde ubicar los Tratados Internacionales ratificados por Chile dentro de la pirámide jerárquica de las normas no hay consenso en lo referente a los "derechos humanos" que éstos consagran. Algunos plantean –tesis clásica- que el rango que tienen es de ley; otros que los derechos que contienen los tratados internacionales tienen rango Constitucional; y una última postura señala que los tratados sobre derechos humanos tienen un rango supraconstitucional.

Sea lo que fuere de esta discusión, que no es objeto de esta memoria, sí podemos afirmar con toda certeza, junto con la profesora Vivanco, que "producto de la reforma constitucional de 1989, contenida en la Ley N° 18.825, de 17 de agosto de 1989, que modificó este inciso 2º, se agrega que los derechos que constituyen el límite a la soberanía están garantizados, tanto en la Constitución como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigente. Es decir, la defensa de los derechos humanos no sólo tiene como base la legislación nacional, sino también los tratados internacionales.

Los requisitos copulativos para que un tratado se incluya en lo expresado en este artículo son:

- a) **Ser un tratado internacional.** Al tenor del artículo 1º de la Convención de Viena de 1967, que es ley en Chile desde 1981, “un acto internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya sea que conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, cualquiera sea su denominación”.
- b) **Versar sobre derechos que emanan de la naturaleza humana.** A los derechos humanos se refieren documentos internacionales como la Carta de Naciones Unidas, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Interamericana de Derechos Humanos, entre otros.
- c) **Ratificado por Chile.** Según el artículo 2º letra b) de la convención de Viena, se entiende por ratificación, aceptación, aprobación y adhesión, según sea el caso, “el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado”.
- d) **Vigente en nuestro ordenamiento jurídico.** Ello ocurre cuando cumple las tres siguientes condiciones: Que esté *sancionado*, es decir, que el Presidente de la República haya aprobado un texto sobre el cual ya existe acuerdo de aprobación en el Congreso Nacional; *promulgado*, esto es, firmado por el Presidente de la República en señal de aceptación y ordenado este su publicación, y *publicado* en el Diario Oficial, sea íntegramente o en una versión oficial resumida”⁵⁶.

Por tanto, debemos ver si la protección al nasciturus aparece en un tratado internacional ratificado por Chile, y que cumpla con los requisitos señalados. En caso de ser tal, esa norma será a lo menos Ley en nuestra nación; para otros sería norma Constitucional; e inclusive, algunos la catalogarían de supra constitucional.

⁵⁶ Vivanco Martínez, Ángela, “Curso de Derecho Constitucional” (Ediciones UC 2006). Página 96.

La convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo Instrumento de Ratificación se depositó ante el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos con fecha 21 de agosto de 1990, dispone en su artículo 4.1 “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 lo que queda claro que el Pacto de San José de Costa Rica en efecto protege la vida del que está por nacer, pues se debe respetar la vida desde la concepción. Con lo que vamos encontrando de manera reiterada las conclusiones que hemos ido señalando: el concebido no nacido es persona tanto para el Derecho, como para la Biología o la Filosofía. Y por ser esto así, se debe proteger su vida, del mismo modo como se protege la vida de las personas que ya nacieron.

3.1 Alcance del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Para comprender mejor el sentido de la norma sobre el que está por nacer contenido en la convención Americana sobre Derechos humanos, y así perfilar cada vez mejor a qué tiene Derecho el *nasciturus*, iremos analizando una sentencia de la corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo el trabajo de Emercio Aponte Núñez, quien es Jefe de Cátedra de Derecho Constitucional en la Universidad del Zulia, Venezuela.

La corte Interamericana de Derechos Humanos revocó una sentencia de la corte Suprema de Costa Rica, que prohibía por inconstitucional un Decreto que pretendía incorporar la técnica de Fecundación In Vitro a la legislación de su país, por los siguiente motivos: “que el embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea

expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte ... La objeción principal de la sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de esta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo”⁵⁷. Por lo que, concluyó la Corte Suprema, en razón del artículo 21 de la constitución de Costa Rica que dispone que “el derecho a la vida es inviolable”, y en virtud del artículo 4.1 convención Americana sobre Derechos Humanos, que es inconstitucional el Decreto Ejecutivo que regulaba la Fecundación In Vitro.

El profesor Ponte señala que “El argumento esencial en el que la corte Interamericana de Derechos Humanos fundamentó su decisión proviene de la interpretación conforme al sentido corriente del término “concepción”, interpretación que es usada para afectar el alcance del derecho a la vida reconocido en el artículo 4.1 de la convención Americana sobre Derechos Humanos”⁵⁸. Por tanto, debemos analizar el cómo la Corte entendió el sentido de éste término para comprender su decisión de revocar la sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica, y posteriormente poder extraer algunas conclusiones respecto la protección que brinda el Pacto de San José al que está por nacer.

“Con la finalidad de ofrecer una interpretación de acuerdo con el sentido corriente del término “concepción”, la Corte Interamericana destacó la existencia en el contexto científico actual de dos diferentes interpretaciones del término “concepción”. Por un lado, la escuela que “entiende concepción como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide”⁵⁹ y, por el otro lado, la escuela que “considera la concepción como el momento de la implantación

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 2000-023606 del 15 de marzo de 2000, párrafo 76.

⁵⁸ Aponte Núñez, Emercio. El derecho a la vida del no nacido y el caso de Artavia Murillo & otros v. Costa Rica. En *Cuadernos de Derecho Público, Estudios de derechos Fundamentales* (Ediciones Finis Terrae 2015). Página 54.

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de Artavia Murillo et al. (“fertilización In Vitro) v. Costa Rica. Supra nota 5. Párrafo 180.

del óvulo fecundado en el útero”⁶⁰. Luego de ello, la Corte, básicamente, desechó la primera interpretación del término concepción no sólo por considerar que la misma “puede ser asociada a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones y estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana”⁶¹, sino también porque según su opinión para el “momento de redactarse el artículo 4 de la Convención Americana, el Diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación. Al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación”⁶².

Como consecuencia de esta posición, la Corte Interamericana, señala Emercio Aponte, entendió “el término concepción desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual consideró que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la convención Americana”⁶³; y, con la finalidad de reforzar su postura en relación al término concepción, la Corte sostuvo que “si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ser humano, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo”⁶⁴.⁶⁵

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ *Ibíd.* Párrafo 185

⁶² *Ibíd.* Párrafo 187.

⁶³ *Ibíd.* Párrafo 189.

⁶⁴ *Ibíd.* Párrafo 186.

⁶⁵ Aponte Núñez, Emercio. El derecho a la vida del no nacido y el caso de Artavia Murillo & otros v. Costa Rica. En *Cuadernos de Derecho Público, Estudios de derechos Fundamentales* (Ediciones Finis Terrae 2015). Página 55-56.

En resumen lo que plantea la Corte Interamericana es que se debe distinguir previamente para entender el término concepción entre fecundación e implantación. Entendiendo por fecundación la unión del óvulo con el espermatozoide, y la implantación como el momento posterior a la fecundación, en que el cigoto se anida en el útero de la mujer. De manera tal, que propiamente hablando, habría concepción desde la implantación, y no desde la fecundación. En consecuencia, el que está por nacer quedaría protegido por este tratado internacional solo desde ese momento y no antes. Y como en la Fecundación In Vitro no se produce implantación, sino solo fecundación, se concluye que no hay una vida humana amparada por el Derecho.

Sin embargo, este modo de razonar de la Corte Interamericana merece variados análisis y críticas, que a continuación pasamos a desarrollar.

Robertson, citado por el profesor Aponte, dice que “el primer argumento utilizado para rechazar la definición de concepción como el momento de la fecundación del óvulo, en vez de fundamentarse en argumentos científicos, fue soportado en la creencia de que dicha definición podría ser asociada con ciertas ideas metafísicas acerca del embrión, sin que la Corte analizara la base científica de la misma. Esto demuestra una falta de conocimiento científico moderno por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, porque considerar al embrión como un ser humano “no depende de ideas metafísicas o creencias religiosas, ya que ello depende del hecho de que el embrión es genéticamente único y posee todo el potencial para ser más”⁶⁶. Desde la concepción, a saber “desde el momento en que el óvulo es fecundado, una vida distinta a la madre y a la del padre ha iniciado; ella representa la vida de un nuevo ser humano con si

⁶⁶ Robertson (1994), Página 55. El texto original en inglés expresa: “does not depend on metaphysical assumption or religious belief, though it does depend on the fact that the embryo is genetically unique and has the potential to become more”. Citado en: Aponte Núñez, Emercio. El derecho a la vida del no nacido y el caso de Artavia Murillo & otros v. Costa Rica. En *Cuadernos de Derecho Público, Estudios de derechos Fundamentales* (Ediciones Finis Terrae 2015). Página 57.

propio desarrollo. Esta vida nunca llegaría a ser humana si ella ya no fuera humana desde el mismo momento de la concepción”⁶⁷.

Aquí vemos, en el rechazo a priori por miedo de caer en concepciones metafísicas que se puedan asociar a ciertas escuelas filosóficas, el encierro en sí mismo en que deja al Derecho la Corte, al no querer recibir certezas de otras disciplinas.

En la misma línea va el argumento recién citado del profesor Aponte, pero en el sentido de que la certeza de que el concebido es persona humana no responde a razonamientos metafísicos, sino a estrictas conclusiones científicas, que por cierto, en la mentalidad positivista, son las únicas que tiene valor de indubitadas. Siendo esto así no se puede rechazar de plano la idea de que se comienza a ser persona humana desde la fecundación so pretexto que lo afirma tal escuela, o tal disciplina, pues en ese caso quedaría entregado el delicadísimo tema del inicio de la vida humana al juez de turno, el cual decidiría en cada momento qué contenido le asigna al término concepción según qué escuela prefiera seguir. Por tanto, lo obvio al querer definir un término es buscar el verdadero contenido significado por él, y no aplicar ideas pre concebidas, de manera tal que la palabra sea la que nos enseñe lo que dice, y no que cada uno la haga decir lo que quiere.

El profesor Aponte cita la revista oficial, pro abortista, de la Asociación Médica de California, *California Medicine*, que “no siendo posible desplazar los aspectos éticos involucrados ha sido necesario separar la idea del aborto de la idea del asesinato, el cual continúa siendo socialmente aberrante. El resultado ha sido una curiosa evasión del hecho científico, realmente conocido por todos, de

⁶⁷ Rice (1999). Página 76. El texto original en inglés expresa: “from the time that the ovum is fertilized, a life is begun which is neither that of the father nor the mother; it is rather the life of a new human being with his own growth. It would never be made human if it were not human already”. Citado en: Aponte Núñez, Emercio. El derecho a la vida del no nacido y el caso de Artavia Murillo & otros v. Costa Rica. En *Cuadernos de Derecho Público, Estudios de derechos Fundamentales* (Ediciones Finis Terrae 2015). Página 57.

que la vida humana comienza desde la concepción y continúa tanto adentro como afuera del útero hasta la muerte”⁶⁸. Es decir, lo que se busca es disociar el significado de un término de su connotación ética. Es el mismo esfuerzo que podemos apreciar en la Corte al querer disociar el inicio de la vida humana que es unitario desde la fecundación hasta la implantación –y los siguientes procesos del desarrollo-, estableciendo antojadizamente una línea divisoria entre ambos hechos íntimamente relacionados, para poder realizar actos que están reñidos con la moral. Así se hace depender el *comienzo de una persona* –si se nos permite la expresión- a una circunstancia externa como la implantación, a pesar de la evidencia científica y filosófica que hay al respecto, con el fin de poder disponer de ella de manera arbitraria. Por tanto, se vacía un término de su contenido habitual, o se le oscurece, para poder realizar actos que no son éticos, pero que sin embargo, como concluye la revista, siguen siendo aberrantes.

Frente al argumento de la Corte en que afirma que no se puede tomar la concepción como el momento en que se comienza a ser persona humana por *que podría ser asociada con ciertas ideas metafísicas acerca del embrión*, se puede contra argumentar diciendo que la idea de que la vida humana comienza desde la implantación también es de corte metafísico-filosófico. No es un término químicamente puro que no responda a ninguna escuela, y por tanto tan neutro que pueda ser utilizado sin sospechas. De hecho ellos mismos afirman hay dos escuelas. Por tanto, la toma de posturas respecto de una en desmedro de la otra radica en compartir la tesis que una de ellas sostiene. En el fondo, se toma partido abiertamente por *la idea filosófica* que sustenta a determinada escuela.

⁶⁸ California Medicine Official Journal of The California Medical Association. Septiembre, 1970. Volume 113. N° 3. El texto original en inglés expresa: “Since the old ethic has not yet been fully displaced it has been necessary to separate the idea of abortion from the idea of killing, which continues to be socially abhorrent. The result has been a curious avoidance of the scientific fact, which everyone really knows, that human life begins at conception and is continuous whether –or extra- uterine until death”. Citado en: Aponte Núñez, Emercio. El derecho a la vida del no nacido y el caso de Artavia Murillo & otros v. Costa Rica. En *Cuadernos de Derecho Público, Estudios de derechos Fundamentales* (Ediciones Finis Terrae 2015). Página 57.

Complementando esta idea, el profesor Aponte cita a Sullivan, quien señala que “es importante destacar que la definición de concepción adoptada por la Corte también puede ser asociada con ideas de carácter filosófico. De hecho, Norman M. Ford, para soportar la misma definición asumida por la Corte Interamericana, ha expresado que “tangencialmente, la historia de la cuestión ha sido soportada en aspecto teológicos... Por lo que parece preferible explicar los principios y conceptos filosóficos que necesariamente deben ser utilizados y aplicados a los hechos relativos a los principios de la embriología humana”⁶⁹, y –también citado por Aponte- Sullivan ha expresado que la “concepción, definida como la fecundación del óvulo, históricamente ha sido considerada como el inicio de la vida humana. Sin embargo, ha existido un intento, en años recientes, de redefinir el momento del inicio de la vida humana, fundamentado más en aspectos de carácter ideológico-social que en aspectos científicos”⁷⁰. Por lo tanto, el mismo argumento utilizado por la Corte para rechazar la definición de concepción como sinónimo de fecundación, también podría ser aplicado a la definición adoptada por ella, lo que demuestra la debilidad del argumento utilizado por la Corte Interamericana”⁷¹.

Después debemos analizar la afirmación que hace la Corte respecto el cómo definía el Diccionario de la Real Academia el término concepción al momento de redactarse el tratado. Dirá Emercio Aponte que lo que se afirma es

⁶⁹ Ford (1998). Página 8. El texto original en inglés expresa: “tangentially, the history of the question did also touch on theological topics... It seemed preferable to explain the necessary philosophical concepts and principles that ought to be employed and apply them to the facts of early human embryology”. Citado en: Aponte Núñez, Emercio. El derecho a la vida del no nacido y el caso de Artavia Murillo & otros v. Costa Rica. En *Cuadernos de Derecho Público, Estudios de derechos Fundamentales* (Ediciones Finis Terrae 2015). Página 58.

⁷⁰ Sullivan (2003). Página 28. El texto original en inglés expresa: “Conception, defined as fertilization of the egg, has historically been considered the beginning of life. Yet there has been an attempt, in recent years, to redefine the point at which human life begins, an attempt driven more by social ideology than science”. Citado en: Aponte Núñez, Emercio. El derecho a la vida del no nacido y el caso de Artavia Murillo & otros v. Costa Rica. En *Cuadernos de Derecho Público, Estudios de derechos Fundamentales* (Ediciones Finis Terrae 2015). Página 58.

⁷¹ Aponte Núñez, Emercio. El derecho a la vida del no nacido y el caso de Artavia Murillo & otros v. Costa Rica. En *Cuadernos de Derecho Público, Estudios de derechos Fundamentales* (Ediciones Finis Terrae 2015). Página 58.

“falso porque el diccionario no definía la concepción como implantación; y es incompleto por el hecho de que la Corte no se percató de que “quedar embarazada” es definido como fecundación por el Diccionario de la Real Academia. De hecho el diccionario define concepción como “acción y efecto de concebir”⁷², concebir como “quedar preñada o preñar”⁷³ y quedar preñada o preñar como “fecundar o hacer concebir a la hembra”⁷⁴, y fecundar como “unir la célula reproductora masculina a la femenina para dar origen a un nuevo ser”⁷⁵. Por tanto, el Diccionario de la Real Academia, al igual que otros diccionarios editados antes, durante y después de la firma y entrada en vigor de la convención Americana sobre Derechos Humanos, considera la concepción y fecundación o concebir y fecundar como sinónimos. En resumen, la Corte ha hecho caso omiso de que “en los últimos cien años o más, el proceso de fecundación ha sido identificado con la concepción por la mayoría de las personas. Por lo tanto, la fecundación, casi universalmente, por herencia cultural ha adquirido el estatus de la concepción en sí misma”⁷⁶.⁷⁷

Por último, para terminar con la contra-argumentación de la manera en que entendió la Corte el término concepción, veamos el último razonamiento que se da para escoger la implantación como el momento de la concepción por sobre la fecundación: si el “embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas”⁷⁸. Es decir, el *nasciturus* por necesitar el

⁷² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. En: <http://dle.rae.es/?id=A78eKQc>.

⁷³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. En: <http://dle.rae.es/?id=A6TNzII>.

⁷⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. En: <http://dle.rae.es/?id=U3L0Nsz>.

⁷⁵ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. En: <http://dle.rae.es/?id=HiOCn9v>.

⁷⁶ Ford (1988). Página 10. El texto original en inglés expresa: “over the last hundred years or so, the process of fertilization has become to be identified with conception in the view of most people. Hence fertilization, almost universally, has acquired the cultural heritage and status of conception itself”. Citado en: Aponte Núñez, Emercio. El derecho a la vida del no nacido y el caso de Artavia Murillo & otros v. Costa Rica. En *Cuadernos de Derecho Público, Estudios de derechos Fundamentales* (Ediciones Finis Terrae 2015). Página 61.

⁷⁷ Aponte Núñez, Emercio. El derecho a la vida del no nacido y el caso de Artavia Murillo & otros v. Costa Rica. En *Cuadernos de Derecho Público, Estudios de derechos Fundamentales* (Ediciones Finis Terrae 2015). Página 60-61.

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de Artavia Murillo et al. (“fertilización In Vitro”) v. Costa Rica. Supra nota 5. Párrafo 186.

cuerpo de la madre, y sin él, no poder ser viable pierde a su vez el derecho a que protejan su vida. Por lo que se confunde al *nasciturus* considerado en sí mismo, con las circunstancias externas que necesita para poder desarrollarse adecuadamente. Porque es cierto que “necesita de la madre, depende de ella: pero depende de ella como ambiente, fuente de alimentación, no porque tenga en sí su principio intrínseco de vida. Si se logra crear ese medio para el cigoto, este se convertiría en niño normal y luego en adulto. Esto sería impensable si fuese una parte de otro ser vivo, de la madre, y no tuviese en sí su propio principio vital. El cigoto es, ya, un ser humano distinto, perfectamente individualizado”⁷⁹.

Debemos tener en cuenta que lo que quiere resolver la Corte es cuando se comienza a ser persona humana, y por tanto sujeto titular de derechos. Como el Tratado Internacional dice expresamente que “estará protegido por la ley y, en general, a *partir del momento de la concepción*”, interesa averiguar cuál es el momento de la concepción, porque desde ese momento habrá persona. Al escoger arbitrariamente la Corte la implantación como el momento de la concepción está obviando el hecho de que, como señala Rager –citado por el profesor Aponte-, “cada fase del desarrollo conduce sin solución de continuidad a la siguiente. No hay ningún momento del desarrollo en el que pudiera decirse: aquí se convierte el embrión en individuo. El embrión presenta una vida humana desde la fecundación y tiene la posibilidad de desplegar plenamente esa vida humana si le son ofrecidas para ellos las necesarias condiciones de su entorno”⁸⁰. El cuerpo de la madre es condición necesaria para que el cigoto de desarrolle de manera ininterrumpida hasta su plenitud. Pero, esa plenitud la posee el en sí, no la recibe del útero materno. Afirmar lo contrario sería confundir un medio externo, como el cuerpo de la madre, con la persona humana que busca su pleno desarrollo.

⁷⁹ Herrera (1999). Página 177. Citado en: Aponte Núñez, Emercio. El derecho a la vida del no nacido y el caso de Artavia Murillo & otros v. Costa Rica. En *Cuadernos de Derecho Público, Estudios de derechos Fundamentales* (Ediciones Finis Terrae 2015). Página 63,

⁸⁰ Rager (1997). Página 1053. Citado en: Aponte Núñez, Emercio. El derecho a la vida del no nacido y el caso de Artavia Murillo & otros v. Costa Rica. En *Cuadernos de Derecho Público, Estudios de derechos Fundamentales* (Ediciones Finis Terrae 2015). Página 63.

Sin lugar a dudas, confundir el inicio de la vida humana con las condiciones ambientales requeridas para su desarrollo constituye un terrible error: así como la interacción del no nacido con el cuerpo de la madre es esencial para su desarrollo y subsecuente nacimiento, la comida y la bebida son también necesarias para que el bebé continúe su normal desarrollo y crecimiento. Ni la interacción con el cuerpo de la madre ni la comida y la bebida nos dan nuestra naturaleza y condición humana. El argumento de la Corte Interamericana de negar la protección del derecho a la vida antes de la implantación en el útero podría igualmente usarse para negar la protección de este derecho, luego del nacimiento, a toda persona incapaz de obtener la comida y la bebida requerida para su normal desarrollo, basado en la imposibilidad de sobrevivir sin los mismos, ya que el desarrollo no termina con el nacimiento; se extiende durante toda la vida hasta llegar a la sabiduría de la vejez. La vida misma no es otra cosa que el desarrollo hasta alcanzar sus límites naturales”⁸¹.

Como se puede apreciar llevar hasta sus últimas consecuencias la idea de hacer depender el inicio de la vida humana de una circunstancia externa y no fundamentarse en la dignidad intrínseca que significa el nuevo ser, totalmente único e individual que es el cigoto, puede derivar en conclusiones nefastas, toda vez que nada impide que no solo la dignidad del cigoto se haga depender de factores externos, sino que de igual modo se podría comenzar aplicar ese criterio a personas ya nacidas. Con lo cual la dignidad inviolable de la persona, la cual el derecho debe reconocer y servir, quedaría oscurecida ante una mirada utilitarista basada en circunstancias. Tal vez la eutanasia sea una manifestación patente de lo que venimos diciendo.

⁸¹ Aponte Núñez, Emercio. El derecho a la vida del no nacido y el caso de Artavia Murillo & otros v. Costa Rica. En *Cuadernos de Derecho Público, Estudios de derechos Fundamentales* (Ediciones Finis Terrae 2015). Página 63-64.

Del fallo en comento se pueden extraer más conclusiones, haciendo otras consideraciones jurídicas, pero no son el objeto de la memoria. Porque lo que se quería manifestar en el estudio de esta sentencia era entender el verdadero sentido y alcance del artículo 4.1 de la Convención Americana de derechos humanos, que señala: “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”. Entonces, el comentar la sentencia en la parte que lo hemos hecho colabora para esclarecer y entender cada vez de manera más profunda el alcance de las normas, en particular la de este tratado internacional, respecto la protección que brindan al nasciturus. Como se pudo apreciar acá se trató de analizar el cuándo comienza la vida humana, con su consecuente dignidad e inviolabilidad que el Derecho protege. Al procurar interpretar de manera armónica con otras ciencias y con sentido común el término concepción, no se ha buscado solamente criticar el fallo de la Corte Interamericana, sino también dilucidar de manera satisfactoria la pregunta sobre el inicio de la vida humana. Por tanto, con lo ya dicho podemos contestar que la persona humana comienza su existencia desde el momento mismo de la concepción, entendiéndose por tal la fecundación. Las afirmaciones que quieren separar la concepción de la fecundación no encuentran asidero sólido, y la evidencia de los datos y el sano razonamiento los deja en evidencia.

CAPITULO 4.- OTRAS NORMAS EN QUE APARECE EL NASCITURUS.

A nuestro criterio ya hemos visto y desarrollado las normas más importantes que hacen referencia explícita al *nasciturus*, por lo que ahora corresponde analizar de manera somera y a modo de conjunto las demás normas que se refieren al que está por nacer pero de manera indirecta, o que tienen un rango legal inferior a las normas ya analizadas.

Comenzaremos por los demás tratados internacionales. Podemos ver que, como indica un artículo de Comunidad y Justicia, “los tratados internacionales de derechos humanos actualmente vigentes reconocen y protegen, en forma sistemática y coherente, el derecho a la vida del que está por nacer. La Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que “todo individuo tiene derecho a la vida” (art. 3) y agrega que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad” (art. 6). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con la finalidad específica de proteger la vida del que está por nacer, prohíbe aplicar la pena de muerte a mujeres en “estado de gravidez” (art. 6.5). Por su lado, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en el Preámbulo, dispone que “el niño (...) necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”; luego dispone que “niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad” (art. 1) y que “todo niño tiene derecho intrínseco a la vida” (art. 6.1). Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer protege la maternidad antes y durante su embarazo (Preámbulo, artículo 11° N° 2 letra a y artículo 12° N° 2). Finalmente, la Convención Americana de Derechos Humanos –reiteramos lo que dijimos arriba– dispone que “para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano” (art. 1.2) y reconoce que “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” (art. 4.1)”⁸².

Los artículos 342 y siguientes del Código Penal, que sancionan el delito del aborto. Más adelante se le dedicará un capítulo, por lo que no desarrollaremos más esta idea acá.

En el mismo sentido el artículo 119 del Código Sanitario dice: “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”. En concordancia con los artículos ya mencionados del Código Penal. Volveremos más extensamente sobre este artículo cuando hablemos del aborto.

Las normas de “Protección de la Maternidad” del Código del Trabajo. Se encuentran reguladas en el Título II, Libro 1, del citado cuerpo legal. Las normas están incluidas en los artículos 194 a 208 y establecen una serie de derechos en favor de la madre y, en algunas situaciones, en beneficio del padre.

Podemos agrupar esta protección en descansos maternos, que hacen referencia al pre-natal y post-natal a que tiene derecho la mujer que trabaja y está embarazada y posteriormente da a luz. El Fuero maternal, por el que la trabajadora goza de fuero maternal desde el inicio de su embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de postnatal.

También existen, como el derecho que tiene la trabajadora embarazada que esté ocupada habitualmente en trabajos considerados por la autoridad como perjudiciales para su salud, deberá ser trasladada, sin reducción de sus remuneraciones, a otro trabajo que no sea perjudicial para su estado; o por ejemplo el hecho de que ningún empleador puede condicionar la contratación de

⁸² General Comment No. 36 – Article 6: Right to life ONG Comunidad y Justicia. *El derecho a la vida en Chile interpretación del artículo 6.1 del pacto internacional de derechos civiles y políticos*. Página 4.

trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez.⁸³

Se puede apreciar la gran variedad de derechos, que además tienen el carácter de irrenunciables, con que se protege a la mujer embarazada, y consiguientemente al *nasciturus*.

También encontramos en nuestra legislación la ley N° 20.120 sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y que prohíbe la clonación humana, que en su Artículo 1° establece: “Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, *desde el momento de la concepción*, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas”. Acá vemos como en nuestro ordenamiento se reconoce el comienzo de la existencia de la persona humana desde la concepción. Es decir, el *nasciturus* es persona, y por lo mismo es protegido de investigaciones científicas, y está prohibida su clonación.

En fin, la idea era revisar otras normas para ver la coherencia del sistema jurídico en torno al *nasciturus*. Todas las normas reflejan que el que está por nacer es persona, y el Derecho por tanto tiene el deber de protegerlo, como de hecho lo hace.

⁸³ Las definiciones de los beneficios está tomada de: <http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/w3-propertyvalue-22073.html>.

CAPITULO 5.- EL NASCITURUS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

Como se señaló en la introducción, se precisa mirar otras legislaciones para ver qué dicen del *nasciturus*, y de este modo poder hacernos una idea aún más global de lo ya dicho hasta acá.

Las legislaciones que revisaremos serán una europea, España. Y una de Sudamericana, Perú. Iremos constatando que en ambas existen problemáticas muy parecidas a las que apreciábamos en nuestro ordenamiento jurídico.

5.1 El nasciturus en la legislación española.

Comenzaremos por la legislación española. De entrada diremos que en este país se evidencia el mismo problema respecto el *nasciturus* que hay en Chile, toda vez que el instante en que una persona comienza a ser tal se define de diferentes modos según estemos viendo el código civil, la Constitución Política, o los Tratados Internacionales suscritos por España.

Pero, antes de revisar esta contradicción civilista versus la Constitución, diremos algo de la evolución histórica que tuvo el tratamiento del *nasciturus* antes de llegar a los textos que encontramos actualmente. Un excelente resumen nos lo proporciona el profesor Rodrigo Barcia: "Los derechos del *nasciturus* se regulaban en el Digesto (D.1,6,26.), que señalaba textualmente: "26. Los hijos ya concebidos son considerados en casi todo el derecho civil como nacidos; pues se les restituyen también las herencias legítimas, y si una mujer encinta hubiera sido apresada por los enemigos, el hijo nacido tiene el derecho de recuperar su condición libre por el *postliminio*, y sigue a su vez la condición del padre o de la madre según sea legítimo o no. Además, si una esclava encinta hubiere sido sustraída, aunque hubiere parido en poder de un comprador de buena fe, su hijo ya nacido, en cuanto ha sido hurtado, no se podrá adquirir por *usucapión*". A su

vez, en el Digesto (D.35,4,1.) también se señala textualmente: "...pues el hijo, antes del parto, es una porción de la mujer o sus vísceras...". Finalmente, el Digesto (D.35,2,9.) señala literalmente: "...Respecto al hijo que esperaba una esclava no se admite distinción de momentos, y no sin razón, pues en tanto aquél no ha nacido no se dice que exista un esclavo". A pesar de lo señalado en las referidas normas, CASTÁN VÁZQUEZ indica que en el Derecho romano se reconocía una igualdad ontológica entre el nacido y *el nasciturus*. Dicha igualdad no se funda en una ficción, sino en la realidad. Aunque el autor no señala a qué realidad se refiere es deducible que se refiera al hecho del parto. De esta forma, para el referido autor, las modernas concepciones de persona, personalidad, sujeto de derecho y capacidad jurídica han trastocado dicha concepción romano justiniana. En tal sentido, se critica este cambio del principio de igualdad ontológica, por un principio de Igualdad excepcional de limitado alcance, generalmente restringida al Derecho sucesorio. Esta tradición no sólo sería romana, sino que sobreviviría en el Derecho castellano mediante la afirmación de existencia de la criatura en el vientre materno que recogería las Partidas 3ª y 4ª. Pero, en la segunda mitad del siglo XIX, dicha posición cede a favor de la teoría abstracta de origen germano, que culmina con el Proyecto de Código civil español de 1851⁸⁴.

Ahora veremos los textos vigentes. Los artículos del código Civil español que se refieren al inicio de la persona humana son el 29 inciso 1 y el 30. En ellos podemos leer:

Artículo 29. El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.

⁸⁴ Barcia Lehmann, Rodrigo. Derecho a la vida del *Nasciturus* en España. Página 11 – 12.

Artículo 30. La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.

. Por lo que, señala Alberto Calvo, “según el Código Civil, el nacimiento determina la personalidad, si bien sólo se reputará nacido al feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. Así pues, la adquisición de la personalidad jurídica queda sometida a una doble condición: a) La figura humana del neonato, lo que, debe entenderse en el sentido de «excluir de la condición de nacidos a seres que, aunque nazcan vivos, el sentir popular no permite que se les considere como personas»; y b) su sobrevivencia de veinticuatro horas al parto. Cumplida esa doble «conditio iuris», se entiende producido el nacimiento y, por tanto, adquirida la personalidad jurídica, desde el momento mismo del parto, por virtud de la retroacción de la condición”⁸⁵.

Podemos apreciar que el código civil español tiene la misma finalidad que el chileno al momento de determinar el comienzo de la personalidad: regular derechos patrimoniales de los que pueda ser titular el que está por nacer, pero no es su objeto determinar ni científica ni filosóficamente el inicio de la persona humana. Por esto encontramos “entre los civilistas las siguientes definiciones: Puig Brutau considera que «entre los civilistas se podría establecer un cierto consenso a la hora de definir a la persona como el individuo o ser humano capaz de derechos y obligaciones; o, si se quiere, como sujeto activo o pasivo de una relación jurídica»⁸⁶. Para Castán⁸⁷, en sentido jurídico, persona es todo ser capaz de derechos y obligaciones, es decir, es el sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas. También cabe traer a colación la idea que de la persona tiene Xavier

⁸⁵ Calvo Meijide, Alberto. *El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista*. Cuaderno Bioética 2004/2^a. Página 287.

⁸⁶ Brutau, P. *Fundamentos de Derecho Civil I*. vol. 1, 1^a parte. Citado en Calvo Meijide, Alberto. *El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista*. Cuaderno Bioética 2004/2^a. Página 286.

⁸⁷ Castán Tobeñas, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral I*, vol. 2, Madrid, Reus, 1971, 95. Citado en *Ibíd.*

O'Callaghan: La persona es el ser humano –individualmente considerado como persona física o socialmente unido como persona jurídica– el Derecho lo considera como sujeto de derecho: sujeto de una relación jurídica y sujeto del derecho subjetivo y del deber jurídico⁸⁸». Es decir, es un término de persona meramente técnico-jurídico, para hacerlo titular de derechos patrimoniales, y parte en relaciones jurídicas, pero no se busca discutir sobre el inicio de la vida humana y su consiguiente dignidad. Queda fuera de la discusión porque simplemente no es tema que se quiera regular en un código civil.

Aunque en la legislación española, solo con el texto del código civil, se aplica de manera muy fuerte el principio de los romanos: *Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*. Es decir, en todo lo que se favorezca al *nasciturus* se lo tendrá como ya nacido, como ya titular de los Derechos que le corresponderían. Señala María De la Iglesia que “es sabido que el artículo 29 del Código Civil establece que el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente, disponiéndose en el artículo 30 del Código Civil que para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”⁸⁹.

Revisemos jurisprudencia en que se ha tenido en cuenta el principio romano: *Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*. Se trata de una “indemnización por daño moral a favor del *nasciturus*, hermano del fallecido en un accidente de circulación. Se trata de la interpretación extensiva del baremo y aplicación del baremo vigente a la fecha de la determinación del monto indemnizatorio, dada la naturaleza de deuda de valor que poseen estas

⁸⁸ O'Callaghan, X. *Compendio de Derecho Civil I*, Edersa, 1992, 239. Citado en *Ibíd.*

⁸⁹ De la Iglesia Monje, María Isabel. *La protección del nasciturus y su proyección en la jurisprudencia civil actual*. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 726. Página 2217.

cantidades (AP de Badajoz, Sección 1ª, sentencia de 11 de noviembre de 2002)⁹⁰.

“El legislador busca el amparo de esta concreta situación y le atribuye si naciera todos los efectos que pudieran redundar en su beneficio y, entre ellos, los que derivan de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados fundados en el fallecimiento de su hermano en accidente de tráfico.

La jurisprudencia entiende que el tratamiento del *nasciturus* no difiere del que procede otorgar al nacido; es así pues que, siguiendo esta línea argumental, a la muerte de Raúl, este contaba con un hermano menor de edad al que cabe otorgar todos los efectos favorables que le son inherentes a esta condición y, por ende, también la convivencia puesto que, en ningún caso, permite la norma una aminoración o perjuicio de los derechos del *nasciturus*; resultaría incluso cruel que este, por razones de pura temporalidad, no disfrutara de los derechos que le asistirían si hubiera nacido y por el solo hecho de hallarse en estado fetal en el instante en que tales derechos le eran diferidos⁹¹.

Como se aprecia, al *nasciturus* le otorgan la titularidad de la indemnización por la muerte de su hermano, aunque no haya nacido, pero sujeto a la condición de que nazca y cumpla con los requisitos que prescribe la norma respectiva. Pero ya es titular de derechos, sujeto a una condición, pero titular al fin y al cabo. Con lo que se puede concluir que en la misma letra del código civil español se puede afirmar que el *nasciturus* es persona, sino no podría ser titular ni siquiera condicionalmente de derechos, aunque no pueda ejercerlos –capacidad de

⁹⁰ AP de Badajoz, Sección 1ª, sentencia de 11 de noviembre de 2002, recurso 187/2002. Ponente: Jesús Plata García. Número de sentencia: 67/2002. Número de recurso: 187/2002. Jurisdicción: PENAL (LA LEY 87948/2002).

⁹¹ De la Iglesia Monje, María Isabel. *La protección del nasciturus y su proyección en la jurisprudencia civil actual*. En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 726. Página. 2219.

ejercicio- plenamente ya que queda supeditado al hecho material del nacimiento. Entonces, no es la idea del código civil afirmar que el *nasciturus* no es persona, sino que busca seguridad jurídica en cuanto a los derechos patrimoniales de los que puede ser titular.

Ahora pasemos a ver qué dice la constitución española. El texto en sí mismo debe relacionarse a su vez con los tratados internacionales ratificados por dicho país para poder encontrar el real alcance de ésta.

La Constitución Española reserva a la persona todo el Título I, destinado a regular sus derechos y libertades públicas, así como sus deberes fundamentales y a la protección de su libertad y de la igualdad entre todos. Brutau señala que “este Título I comienza con el art. 10 en el que se establece que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1). Hace, pues, de la dignidad de la persona el primero de los fundamentos del orden político y de la paz social, pero obsérvese que utiliza la expresión persona, con lo que, si se interpreta esa expresión desde la perspectiva de los artículos 29 y 30 del Código Civil, puede concluirse con que se está dando acogida al concepto puramente jurídico-civil, reconociendo con ello dignidad sólo al ser humano que viva veinticuatro horas totalmente desprendido del seno materno, facilitando así una interpretación restrictiva del reconocimiento pleno de la dignidad del ser humano. Sin embargo, no ha de ser así, pues en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución Española se dispone que las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados por España. Se hace necesario, pues, acudir a dichos textos internacionales para analizar el sentido de la dignidad de la persona en el art. 10 de la Constitución Española. El preámbulo de la Declaración Universal de los

Derechos Humanos de la O.N.U. (de 10 de diciembre de 1948), afirma que la «libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana» y en su artículo 1º proclama un principio semejante al decir que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...». Es de destacar que esta Declaración no utiliza la palabra «persona», sino las expresiones «miembros de la familia humana» y «seres humanos», con lo que hace un reconocimiento amplio de la dignidad del ser humano.

El preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977, comienza afirmando: «Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables», para añadir luego que «estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana»⁹².

Sigue diciendo Bratau, citado por Calvo, “no cabe, pues el sentido restrictivo del Código Civil, sino un sentido amplio para el reconocimiento y tutela de la dignidad del hombre y de sus derechos fundamentales y, por tanto, cabe la posibilidad de extender el reconocimiento de la dignidad a todo ser humano, en cualquiera de los distintos momentos de su total e íntegra vida. Interpretado, pues, el art. 10 de la Constitución Española a la luz de ese concepto de persona, como todo ser humano, cabe concluir diciendo que nuestra Constitución se aparta del

⁹² Brutau, P. *Fundamentos de Derecho Civil I*. vol. 1, 1ª parte. Citado en: Alberto Calvo Mejjide. *El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista*. Cuaderno Bioética 2004/2ª. Página 289.

concepto jurídico-civil de persona, para acoger el concepto amplio, como todo ser humano”⁹³.

Por tanto, los problemas señalados más arriba respecto el inicio de la personalidad que veíamos en nuestro ordenamiento jurídico no son exclusivos de él, sino que lo mismo sucede en otros lugares. La llave de bóveda para interpretar correctamente las normas, para respetar la evidencia científica y filosófica que se tiene actualmente del inicio de la vida humana, es interpretar las normas según los objetivos específicos que tienen, y también ver el momento histórico en que se escribieron. Solo así tendremos una coherencia interna entre la evidencia científica, el sentido común, y las constituciones modernas y los tratados internacionales.

5.2 El nasciturus en la legislación peruana.

En la legislación de Perú encontraremos una muy interesante distinción que se hizo al reformar el código civil impulsado a su vez por la reforma que tuvo la Constitución Política. Entrarán en juego una vez más los términos persona, sujeto de derecho, *nasciturus*. Es de gran importancia para el objeto de esta memoria que veamos ver las conclusiones a que llegaron los legisladores en su oportunidad.

Al igual como se hizo cuando vimos la situación de nuestro país, comenzaremos por la Constitución Política de Perú. La profesora Doyharcabal indica que “la Constitución Política peruana de 1979 tiene un carácter marcadamente humanista, y en ella los derechos fundamentales de la persona tienen un nivel jerárquico superior a los derechos de carácter patrimonial. Su

⁹³ Brutau, P. *Fundamentos de Derecho Civil I*. vol. 1, 1ª parte. Citado en Calvo Mejjide, Alberto. *El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista*. Cuaderno Bioética 2004/2ª. Página 290.

artículo primero declara: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, lo que se complementa con lo dispuesto por el artículo cuarto, en cuanto a que los derechos de la persona que ella taxativamente reconoce, no excluyen los demás de naturaleza análoga o que deriven de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma representativa de gobierno”⁹⁴.

Esta modificación de la Constitución motivó la revisión y ulterior reforma al código civil. El proyecto para reformar el código civil se venía trabajando desde 1965 y se promulgó el 24 de julio de 1984, entrando a regir el 14 de noviembre de ese mismo año. En lo que respecta al nasciturus, el código anterior, de 1936, prescribía en el artículo 1º: “El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo cuanto le favorece, a condición de que nazca vivo”.

Por lo que, sigue Doyharcabal, “el Código Civil de 1936, en su artículo primero, se inclinaba por la ficción de estimar nacido al concebido, para todo cuanto le favoreciera a condición de nacer con vida, principio que no sufrió, primitivamente, ninguna modificación por parte de la comisión codificadora, pero posteriormente se impuso el criterio de uno de sus miembros: Carlos Fernández Sessarego, quien, plenamente de acuerdo con sus pares en cuanto a que el hecho del nacimiento es determinante para adquirir la calidad de persona natural, rechazaba, sin embargo, la ficción antedicha, por asistírle el convencimiento de que el ser humano en gestación constituye una realidad distinta y previa a la natural, representando el momento inicial del proceso de la vida humana, etapa

⁹⁴ Doyharcabal Casse, Solange. *El derecho a la vida del nasciturus en la legislación chilena y comparada*. En Revista Chilena de Derecho. Vol. 21 N° 2, año 1994. Página 311.

durante la cual no es persona, pero es un ser humano, autónomo y, como tal, sujeto de derechos”⁹⁵.

Estamos ante una distinción que no habíamos visto antes: no es lo mismo un ser humano que una persona, no son términos sinónimos. Por lo que podemos estar en presencia de un ser humano que no sea persona. Este es el caso del *nasciturus*, al cual en la reforma de 1984, se lo reconoce como ser humano, autónomo, pero no persona. Debemos entender bien qué es lo que quisieron decir los legisladores al momento de realizar esta distinción.

Indica Doyharcabal que “en la etapa de revisión del proyecto, Fernández Sessarego insistió en sus planteamientos ante la comisión revisora, logrando que ésta aceptara hacer una recategorización del sujeto de derecho, para distinguirlo lingüísticamente de la persona, lo que permitiría extenderlo al *nasciturus*. Los argumentos en que fundamentó esta proposición pueden resumirse así: *Tanto con la expresión sujeto de derecho como con aquella de persona siempre se alude a la vida humana, pero la distinción entre ambos tiene el efecto práctico de evitar ficciones permitiendo atribuir la calidad de sujeto de derecho a determinadas modalidades que asume la vida humana, que no calzan con la definición de persona acuñada por la tradición jurídica que reconoce como tal al hombre sólo después de haber nacido.*

Entre los conceptos “sujeto de derecho” y “persona” existe una relación de género a especie: El generó corresponde al sujeto de derecho entendido como toda expresión de vida humana que pueda ser centro e Imputación de derechos o deberes. Según que el hombre se manifieste como un individuo o en forma colectiva a través de una organización, se configuran cuatro categorías de sujetos de derecho, de las cuales sólo dos se identifican con el término “persona”: el

⁹⁵ Doyharcabal Casse, Solange. *El derecho a la vida del nasciturus en la legislación chilena y comparada*. En Revista Chilena de Derecho. Vol. 21 N° 2, año 1994. Página 311.

hombre una vez nacido, que conforma la persona natural, y las organizaciones colectivas que al cumplir con la formalidad de su inscripción, exigida por la ley, constituyen las personas jurídicas. Los otros dos sujetos de derecho no alcanzan la categoría de persona y son: el ser humano concebido y no nacido y las organizaciones colectivas de personas que no han cumplido con las formalidades legales⁹⁶.

En estas distinciones vemos el formalismo del derecho llevado a ultranza, ya que se utiliza el concepto persona solo en su acepción técnico-jurídico, como un sujeto de derechos que tiene capacidad de goce, desvinculado de toda idea metafísica de la persona, lo que se contrapone a lo que declara la misma Constitución de Perú al declarar que “la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, teniendo todos la obligación de respetarla y protegerla”. En cambio, acá se vacía el término de esa condición de fin supremo, y solo se la utiliza como una institución vinculada a derechos patrimoniales, por eso se puede afirmar que *“tanto con la expresión sujeto de derecho como con aquella de persona siempre se alude a la vida humana, pero la distinción entre ambos tiene el efecto práctico de evitar ficciones permitiendo atribuir la calidad de sujeto de derecho a determinadas modalidades que asume la vida humana, que no calzan con la definición de persona acuñada por la tradición jurídica que reconoce como tal al hombre sólo después de haber nacido”*. Es decir, no se entra a la discusión de si el *nasciturus* es un ser humano o no; sino, si calza con el término persona en su sentido técnico-jurídico.

Por lo que “el sujeto de derecho que no es persona natural goza de una capacidad limitada, parcial y, en el caso del *nasciturus*, restringida a todo cuanto lo favorece. Así quedó establecido en el artículo primero del código civil que dice así: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana

⁹⁶ Doyharcabal Casse, Solange. *El derecho a la vida del nasciturus en la legislación chilena y comparada*. En Revista Chilena de Derecho. Vol. 21 N° 2, año 1994. Página 312.

comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo".

En cuanto Sujeto de derecho; tiene capacidad de goce, pero únicamente "para todo cuanto le favorece", frase que la doctrina estima debe ser interpretada del modo más amplio, tanto en lo que se refiere a los derechos patrimoniales como a los extramatrimoniales y, entre éstos, el primerísimo lugar lo ocupa el derecho a la vida, sin perjuicio de otros, como el de establecer su filiación, pedir alimentos. etc.

Si bien los derechos patrimoniales atribuidos al concebido se resuelven de no nacer éste con vida, los derechos extrapatrimoniales no están sujetos a condición alguna, correspondiendo su ejercicio a los representantes legales⁹⁷.

En la última afirmación se puede ver una consecuencia inmediata del hecho de reconocer al *nasciturus* como ser humano, aunque no persona, en el hecho de que sí tiene derechos extrapatrimoniales como titular sin encontrarse sujeto a condición. Mientras que los derechos patrimoniales quedan sujetos a la condición de nacer vivo, similar al caso de España.

Nos parece muy interesante la discusión y posterior distinción que se llegó en Perú, puesto que queda de manifiesto de manera muy clara que el código civil regula derechos patrimoniales, y en ese sentido –y sólo en ese sentido- hace referencia a la persona, sin querer entrar en ningún caso a la definición metafísica, moral o ética de la persona. Eso queda para otra instancia, como lo es la Constitución Política. No obstante, no hay óbice para que se le reconozca al

⁹⁷ Doyharcabal Casse, Solange. *El derecho a la vida del nasciturus en la legislación chilena y comparada*. En Revista Chilena de Derecho. Vol. 21 N° 2, año 1994. Página 312.

nasciturus derechos como miembro de la especie humana, a la cual pertenece desde su concepción.

A modo de conclusión, después de revisar la legislación española y la peruana, podemos ver como el concepto técnico-jurídico de persona considerado por los códigos civiles, fue superado en la modernidad por un concepto de persona que va más allá de su mera capacidad para ser sujeto activo o pasivo en relaciones jurídicas, lo que el profesor Corral –citado arriba- llama el sentido jurídico-institucional del término persona. Tal vez el no cambiar los conceptos adecuadamente en el código civil, haciendo que éste refleje esta nueva manera de entender el término persona, ha propiciado el mal entendido que existe entre civilistas que defienden el uso antiguo, de las nuevas formas de entender la persona que contienen las constituciones y el derecho internacional.

CAPITULO 6.- EL ABORTO.

Después de haber revisado los grandes temas, como el qué es la persona, desde cuándo se comienza a serlo, quiénes son persona, etc. Toca revisar en concreto como se materializa la garantía constitucional. Otra vez vemos el artículo de Comunidad y Justicia, que señala que la garantía constitucional contenida en “el capítulo III de nuestra Carta Fundamental, que regula los derechos y deberes constitucionales, donde se protege expresamente la vida del que está por nacer en dos artículos. En primer lugar, el artículo 19 N° 1 inciso primero, “*asegura a todas las personas*” su derecho a la vida. La disposición constitucional se extiende, por cierto, a la persona no nacida. No distingue en razón de su edad gestacional, configuración genética, viabilidad extrauterina o si la persona es fruto de una relación sexual no consentida. Entonces, no corresponde restringir la protección constitucional de la vida permitiendo causales específicas de aborto, pues, no está permitido al intérprete distinguir donde el precepto constitucional no hace distinciones: *ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*. En segundo lugar, el art. 19 N° 1 inciso segundo dispone: “*La ley protege la vida del que está por nacer*”⁹⁸.

Es conocido por todos que en Chile se prohíbe como un delito el aborto toda vez que se entiende como una grave vulneración del derecho a la vida del que está por nacer. Los principales artículos que versan sobre este delito se contienen en el Código Penal, en el artículo 342 y siguientes:

Art. 342. El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

1°. Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.

⁹⁸ General Comment No. 36 – Article 6: Right to life ONG Comunidad y Justicia. *El derecho a la vida en Chile interpretación del artículo 6.1 del pacto internacional de derechos civiles y políticos*. Página 4.

2°. Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.

3°. Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.

Art. 343. Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencia ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor.

Art. 344. La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.

Si lo hiciere por ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.

Art. 345. El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado.

Como se aprecia el delito de aborto se configura respecto los profesionales, o terceros que incurran en él, además de la misma mujer como es obvio. Debe ser así porque realizar un aborto supone la concurrencia de más personas que la sola mujer embarazada, y por tanto, se entiende que todos tienen responsabilidad en él. Inclusive se sanciona al que provocare un aborto sin la intención de causarlo, pero donde el estado de gravidez de la mujer haya sido evidente.

Pero, ¿qué se entiende por aborto? En definición de Ángela Vivanco podemos decir que “nos referimos a toda situación que importe la interrupción del embarazo antes del estado de viabilidad fetal, ya sea que se produzca por medios

artificiales o naturales. De tal definición, es posible extraer que existen dos modos de aborto: provocado y espontáneo”⁹⁹.

Es importante resaltar que antes de la Constitución de 1980 la figura del aborto se veía como un tema exclusivamente penal, específicamente se encontraba en el epígrafe *atentados contra el orden las familias* y no en el grupo de los delitos *contra las personas*. Después de la entrada en vigencia del nuevo texto de la Carta Magna el tema el Derecho a la vida quedó consagrado en el rango constitucional, y consiguientemente el delito del aborto dejó de ser materia meramente penal.

Para ilustrar mejor las ideas que se tuvieron presentes al momento de redactar la nueva Constitución veamos algunas opiniones vertidas por los comisionados en la materia, y que encontramos en la obra ya citada de la profesora Vivanco:

“Para el señor Guzmán el hecho de consagrar el derecho a la vida conllevaba evidentemente la exclusión del aborto (al que rechaza en razón de la dignidad del hombre y que considera igual que ilegítimo que el homicidio), por lo que necesariamente debía condenarse. Y en cuanto a la consignación de protecciones al hijo que está por nacer, en un principio opinó que estos deberían considerarse en los derechos de protección social, por cuanto protegen más a la madre que a la criatura, pero más tarde adhirió a la iniciativa tendiente a su consagración constitucional”¹⁰⁰.

A juicio del señor Evans, “el derecho a la vida implica considerar la posibilidad de entregarle categóricamente a la ley la protección de los derechos de los que están por nacer, e implica, también, la protección de la vida del que nace

⁹⁹ Vivanco Martínez, Ángela, “Curso de Derecho Constitucional” (Ediciones UC 2006). Página 277.

¹⁰⁰ Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión N° 84. Página 13. Citado en: Vivanco Martínez, Ángela, “Curso de Derecho Constitucional” (Ediciones UC 2006). Página 279.

con una tara o con alguna deformidad. El derecho a la vida elimina la posibilidad de la eugenesia y de la eutanasia, vale decir, de la muerte piadosa del enfermo”¹⁰¹.

A juicio del señor Silva Bascuñán el derecho a la vida tendría gran relación “con los problemas relativos al derecho del que está por llegar a la vida, porque es el mismo valor, de la misma naturaleza, pero en una distinta etapa del mismo bien”¹⁰². Y manifestando su rechazo al aborto señaló que “en el caso del que está por nacer, siendo un bien enorme para la humanidad y para él el principio de la existencia, cómo se puede, sin ningún acto reflexivo de esa persona que va a sacrificar su vida o que no va a llegar a ella, supeditar y poner casos en los cuales se conciba que se quite un derecho a quien no ha tenido la oportunidad de defenderse o que no ha tenido oportunidad de realizar ningún acto (...) ¿Cómo la colectividad se atreve a autorizar la imposibilidad de existir de una persona que puede ser ocasión de tanto bien para la familia y a la humanidad, aun cuando ella sea el producto de un hecho delictual?”¹⁰³.

Teniendo un poco de rigor investigativo y un poco de sinceridad intelectual se aprecia de manera clara y contundente que para el constituyente el que está por nacer es persona, y por tanto titular del derecho constitucional a la vida. Negar esto, intentando usar el mismo texto de la constitución, es negar hechos evidentes y al alcance de todos.

¹⁰¹ Ibíd. sesión N° 89. Página 9. Citado en: Vivanco Martínez, Ángela, “Curso de Derecho Constitucional” (Ediciones UC 2006). Página 279.

¹⁰² Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión N° 87. Página 11. Citado en: Vivanco Martínez, Ángela, “Curso de Derecho Constitucional” (Ediciones UC 2006). Página 279.

¹⁰³ Ibíd. Página 13. Citado en: Vivanco Martínez, Ángela, “Curso de Derecho Constitucional” (Ediciones UC). Página 279.

6.1 Historia del delito del aborto en la legislación Chilena.

Para complementar lo que recién dijimos es importante ver cuál ha sido el camino histórico que ha recorrido en nuestro país el aborto como delito. Para llegar a las conclusiones recién expuestas, hubo un interesante desarrollo respecto la sanción del aborto, cuándo estaba permitido, y cómo ese rango de permisión disminuyó hasta prácticamente desaparecer. A nuestro entender en cada paso del desarrollo que derivó en el estado actual se fue reflejando cada vez más y mejor la realidad de que el *nasciturus* es persona. Para desarrollar estas ideas seguiremos al profesor Antonio Bascuñán Rodríguez.

Parte el profesor Bascuñán sintetizando lo que dijimos al inicio de este capítulo, señalando que “El Código Penal chileno sanciona el aborto consentido por la mujer embarazada, imponiendo a esa mujer una pena de presidio de tres años y un día a cinco años (artículo 344), y al tercero que lo causa una pena de presidio de quinientos cuarenta y un días a tres años (artículo 342 No 3), a menos que sea un facultativo que interviene abusando de su oficio, caso en el cual recibe la misma pena que la mujer embarazada (artículo 345).

El Código Penal chileno nunca ha establecido disposiciones que describan situaciones explícitamente exceptuadas de las normas antedichas. Entre 1931 y 1989 el derecho chileno sí contempló una excepción, el así denominado aborto terapéutico, permitido por el artículo 226, posteriormente artículo 119, del Código Sanitario. La Ley 18.826, de 15 de Septiembre de 1989, eliminó esa excepción, disponiendo en su reemplazo que "no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto". Desde entonces, no existen disposiciones legales en el ordenamiento jurídico chileno que explícitamente permitan la práctica de un aborto con el consentimiento de la mujer embarazada”¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Bascuñán Rodríguez, Antonio. “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”. En Revista Derecho y Humanidades I No 10 / 2004. Página 143.

Por tanto, veremos de manera sucinta las normas anteriores a la entrada en vigencia tanto de la Constitución Política actual como al referido artículo 119 del código sanitario.

a. La regulación legal previa al Código Sanitario (1875-1931).

Lo más pretérito que estudiaremos es la regulación que existía antes de la promulgación del código sanitario. En ella se permitía el aborto en ciertos casos excepcionales que afectaran a la mujer embarazada, y que por lo tanto justificaban la acción del aborto, y consiguientemente también quedaba excluida de pena el actuar del médico, siempre y cuando su obrar obedeciera a la buena fe. Es decir, el aborto querido con dolo se sanciona como conducta delictual. No obstante, el criterio que predominará es subjetivo, y por tanto de difícil constatación probatoria.

Veamos cómo explica la situación el profesor Bascuñán: “La autorización del aborto terapéutico por el Código Sanitario en 1931 respondió a una consideración firmemente establecida en la doctrina y la práctica jurídica y médica chilenas. Ya en la discusión habida en el seno de la comisión redactora del Código Penal se manifestó la idea de que el aborto cometido por un médico podía ser lícito en ciertos casos. Al reconocimiento de esta afirmación corresponde el uso de la expresión "maliciosamente" por el texto legal. Siguiendo a su modelo español, el texto originario sometido a consideración de la comisión utilizaba la expresión "de propósito" para referirse a la intencionalidad del autor (tercero) que causaba el aborto. En la Sesión 160, en 25 de junio de 1873, a indicación del comisionado Gandarillas esa expresión fue sustituida por el término "maliciosamente", en base a la siguiente consideración:

(...) la expresión de propósito pudiera aplicarse a muchas personas que de buena fe, proceden, por ejemplo, el medico que necesita causar el aborto y da remedios con el fin de procurarlo para salvar la vida de una enferma en peligro.

Consta, pues, de los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento del Código Penal de 1875 que sus redactores suponían la existencia de casos exceptuados de la prohibición de causar un aborto consentido, a los que la regulación del propio Código Penal hace alusión mediante una referencia a la eventual "buena fe" de un tercero, cuya acción por tal razón debe entenderse como situada fuera del alcance del ámbito de la prohibición penal.

Esta comprensión de la prohibición del aborto consentido, recortada en su ámbito por el reconocimiento de situaciones excepcionalmente permitidas, fue unánimemente compartida por la doctrina penal y médico-legal chilenas de fines del Siglo XIX y principios del Siglo XX. En las cuestiones de detalle, la ausencia de regulación provocaba ciertamente disparidades entre los distintos autores. Pero todos coincidían en lo esencial: aunque el Código Penal no establezca supuestos exceptuados del alcance de la prohibición, no se trata de una prohibición absoluta. En determinadas situaciones la práctica de un aborto es una acción lícita.

El texto más representativo del Siglo XIX, por su autoridad, es la obra de Federico Puga Borne, quien señala como algo no controvertido que el aborto provocado es lícito cuando consiste en una operación practicada en caso de que la vida de la madre corra un serio peligro, exigiendo como requisito procedimental la consulta de la opinión de otros médicos. Para la identificación de aquellos casos en que el aborto es lícito, Puga formula un catálogo de "indicaciones médicas", es decir, situaciones en las cuales se encuentra medicamente indicada como intervención terapéutica la práctica del aborto¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Bascañán Rodríguez, Antonio. "La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno". En Revista Derecho y Humanidades I No 10 / 2004. Página 144 – 145.

b. El código sanitario (1931-1989).

Ya en el siglo XX nuestro país formuló su propio código sanitario, entendiendo por tal el cuerpo legal que establece la normativa relacionada con el fomento, protección y recuperación de la salud de los habitantes de Chile. En él se trató el tema del aborto de manera distinta a lo recién señalado, pues el énfasis para permitir ciertos abortos queda condensado en la expresión “fines terapéuticos”, que es la expresión hasta el día de hoy más recordada en nuestro país. Es decir, dicho código sanitario permite el aborto terapéutico. Ahora bien, hay que ver qué encerraba esa expresión.

Bascuñán hace la siguiente síntesis de la situación precedente a la que actualmente tiene vigencia: “El Decreto con Fuerza de Ley N. 226, de 15 de mayo de 1931 (Diario Oficial de 29 de mayo de 1931), aprobó el Código Sanitario, con cuya entrada en vigencia quedó derogado un intrincado y fragmentario cuerpo de normas relativas a la salud pública y la práctica médica. Esta última materia pasó a ser regulada por el Título III del nuevo Código, cuya última disposición era del siguiente tenor:

*Art. 226. **Solo con fines terapéuticos** se podrá interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer.*

Para proceder a estas intervenciones se requiere la opinión documentada de tres facultativos.

Cuando no fuere posible proceder en la forma antedicha, por la urgencia del caso o por falta de facultativos en la localidad, se documentará lo ejecutado por el médico y dos testigos, quedando en poder de aquel el testimonio correspondiente.

Como salta a la vista, la disposición del Código Sanitario fija legislativamente las consideraciones normativas que ya eran dominantes en la doctrina y la praxis médica. Si por "fines terapéuticos" se entiende la finalidad de

evitar un peligro para la mujer embarazada en las situaciones consideradas como "indicaciones médicas", es evidente que la regla en cuestión reproduce la doctrina representada por la obra de Federico Puga Borne. Así lo entendió la literatura especializada, que atribuyó a esta disposición el carácter de norma complementaria de la función excluyente de lo injusto de la expresión "maliciosamente" en el Código.

La mayor o menor extensión de la situación justificante del Art. 226 del Código Sanitario originario quedó, pues, entregada a la interpretación extensiva o restrictiva de la expresión "fines terapéuticos". La reforma que experimentó la disposición treinta y cinco años más tarde no alteró esta situación.

El Decreto con Fuerza de Ley N. 725, de 11 de diciembre de 1967 (Diario Oficial de 31 de enero de 1968), que aprobó el texto de un nuevo Código Sanitario, vigente hasta el día de hoy, sustituyó el antiguo Art. 226 por un nuevo Art. 119, del siguiente tenor:

Art. 119. Solo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos.

Como se puede apreciar, la modificación de 1967 incidió en los aspectos puramente procedimentales de la causa de justificación. La configuración de la situación justificante se mantuvo inalterada.

La interpretación de la expresión "fines terapéuticos" experimentó, sin embargo, una considerable evolución. En la medida que el progreso de la medicina permitió el control terapéutico de varias de las situaciones originariamente consideradas como indicaciones médicas, dejó de ser racionalmente necesaria la práctica del aborto como medio para la salvaguarda de

la mujer en esas situaciones. Esto significaba que en esos casos la intervención abortiva ya no podía quedar cubierta por la causa de justificación. Sin embargo, el Art. 119 del Código Sanitario no dejó por ello de desempeñar un importante rol en la justificación de provocación de abortos en el contexto de la práctica médica”¹⁰⁶.

Por tanto, lo que mencionábamos acerca de buscar el real alcance de la expresión “fines terapéuticos”, fue siendo menos importante toda vez que se utilizaba la expresión para justificar abortos queridos dolosamente y que se hacían calzar en la expresión vaga e indeterminada normativamente. Por lo que con la entrada en vigencia del código sanitario, y su consiguiente modificación, el espectro en el cual se podía realizar un aborto y no sancionar el mismo como delito creció. Quedando entregado el criterio de qué es un “fin terapéutico” exclusivamente a la ciencia médica. Por lo que la decisión de que *nasciturus* podían ser muertos y cuáles no, no dependía de una norma lo suficientemente determinada, sino de criterios médicos, que además entre sí no eran unívocos respecto la procedencia de un acto con fines terapéuticos. Lo que derivó consecuentemente a la existencia de abortos dolosos encubiertos detrás de la amplia interpretación que permitía el artículo 119 del código sanitario en comento.

Este rol interpretativo que debió tomar el campo de la medicina fue ejercido inmediatamente. Bascuñán señala que “la extensión de la causa de justificación solo podía lograrse reconociendo a la profesión médica una prerrogativa legítima de determinación de la concurrencia de la situación justificante. Tal reconocimiento implicaba una remisión a la ética médica como complemento normativo de la legislación. Con ello, sin embargo, no quedaba resuelta la cuestión. Pues precisamente en el contexto de la ética médica la justificación del aborto provocado ha sido siempre una cuestión controvertida. Sin proveer a la ética médica de al menos ciertas premisas normativas sustantivas y un procedimiento

¹⁰⁶ Bascuñán Rodríguez, Antonio. “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”. En Revista Derecho y Humanidades I No 10 / 2004. Página 147 – 148.

argumentativo, no cabe esperar de esta salida sino la arbitrariedad. El costo de esa arbitrariedad es la incertidumbre; quien lo paga es, por cierto, la mujer embarazada.

En todo caso, es importante señalar que nunca se planteó como requisito de la norma del Código Sanitario una restricción de carácter subjetivo semejante a la exigida por la doctrina del doble efecto de la teología moral católica. Tal como lo fuera antes de la dictación del Código Sanitario, la práctica médica bajo sus normas aceptó la licitud del uso del aborto como medio para la salvaguarda de la mujer. Nada más elocuente al respecto que la opinión de Raimundo del Rio:

*No obstante la decidida opinión en contra de la Iglesia, debe entenderse, con la mayor parte de los autores y las legislaciones modernas, que no abusa, sino que, por el contrario, usa legítimamente de su oficio, el facultativo que provoca un aborto para salvar la vida de la madre o evitar los riesgos de un parto que se presenta peligroso*¹⁰⁷.

Más adelante nos detendremos a explicar la doctrina del doble efecto, la cual al profesor Bascuñán no le parece nada de bien.

c. La génesis del actual Art. 119 del Código Sanitario.

Como todos saben fue en el gobierno militar que se eliminó el aborto con “fines terapéuticos” que consideraba anteriormente el código sanitario. Es interesante ver cómo se gestó esta modificación, y ver si su génesis contamina su contenido, o si conviene distinguir entre una y otra.

¹⁰⁷ Bascuñán Rodríguez, Antonio. “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”. En Revista Derecho y Humanidades I No 10 / 2004. Página 152.

Los periplos del cómo se gestó esta modificación que tendría como principal objetivo eliminar la figura del aborto con “fines terapéuticos”, y por consiguiente proteger la vida del *nasciturus* a todo evento, es la siguiente como bien documenta el profesor Bascuñán: “La Ley 18.826, establecida durante la dictadura militar, se originó en una moción del entonces Almirante y Comandante en Jefe de la Armada, miembro de la junta de gobierno y presidente de la primera comisión legislativa, Jose Toribio Merino. El proyecto de ley respectivo (Boletín N. 986-07) proponía introducir modificaciones en la regulación del aborto contemplada por Código Penal, agravando las penalidades, y reemplazar el Art. 119 del Código Sanitario de 1968, prohibiendo el aborto directo, pero permitiendo el aborto como efecto indirecto de una intervención terapéutica. La distinción entre aborto directo y aborto indirecto se efectuaba conforme a la doctrina del doble efecto, sustentada por el magisterio eclesiástico de la Iglesia Católica.

La moción fue presentada bajo el argumento de que esas modificaciones legales eran requeridas por la protección a la vida dispensada por la Constitución, inclusiva de la vida del embrión o feto, y a ella se acompañó informes que mayoritariamente la avalaban. El informe de la Secretaría de Legislación dejó constancia, sin embargo, de que la interpretación de la Constitución que servía de base al proyecto no era sino una alternativa interpretativa. Frente a ella, señalaba ese informe, existía otra interpretación igualmente plausible, conforme a la cual la Constitución dejaba entregada a la legislación la protección del embrión o feto.

La comisión conjunta rechazó la idea de legislar. Solo la primera comisión legislativa (Armada) votó en su favor; las tres restantes votaron en contra. El Almirante insistió en su moción. Las razones esgrimidas en su insistencia merecen ser transcritas:

Esta Primera Comisión Legislativa considera que (...) la mejor y quizás la última oportunidad para legislar la ofrece el período que resta del Gobierno de las

Fuerzas Armadas y de Orden cuyo único compromiso es con la nación entera, con sus valores permanentes y con el futuro de esos valores.

Frente a la avalancha de intereses, compromisos, transacciones y retrocesos valóricos que sufren hoy aquellos países que fueron nuestros modelos, luz y gulas, no cabe sino aprender la lección, fortificar nuestra plaza y sostener nuestros principios.

Todos sabemos quiénes están detrás de los “avances” de la sociedad actual y conocemos sus propósitos. Todos sabemos cuál ha sido el método y los sistemas empleados para desarraigar los valores en forma lenta y solapada, pero eficaz.

No podemos esperar, entonces, que nuestro sistema haya cambiado pues las herramientas con que hoy contamos, no estarán; y es posible que, en un poco tiempo más, el trasbordo ideológico este ya produciendo frutos de modernismo que las generaciones futuras deban sufrir con la desintegración de valores tan fundamentales como la familia, la vida humana y la patria¹⁰⁸.

Ante la insistencia del Almirante, la junta de gobierno acordó en sesión de 18 de abril de 1989 remitir nuevamente el proyecto a la comisión conjunta, la cual requirió y recibió nuevos antecedentes. En razón de esta situación, el entonces Obispo de Rancagua, Jorge Medina Estévez, envió una carta dirigida a los cuatro miembros de la junta de gobierno, sugiriendo como solución para el desacuerdo la concentración de la iniciativa legislativa en la derogación del Art. 119 del Código Sanitario. Los argumentos de esta carta son previsibles: (a) las antiguas indicaciones médicas para practicar el aborto terapéutico carecen de vigencia,

¹⁰⁸ Ordinario No 6583/60/31, de 5 de abril de 1989, fs. 272-279 [278]. Citado en: Bascuñán Rodríguez, Antonio. “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”. En Revista Derecho y Humanidades I No 10 / 2004. Página 153.

debido a los adelantos de la medicina; (b) para el caso excepcional que no pudiese ser controlado médicamente, la única alternativa lícita es la admitida por la teología moral del magisterio eclesiástico, esto es, la doctrina del doble efecto; (c) el Art. 119 del Código Sanitario autoriza el aborto directamente provocado en términos indeterminados, luego, (d) esa disposición encubre institucionalmente la práctica de abortos ilícitos. Las últimas palabras de la carta episcopal merecen también ser transcritas:

(..) Por desgracia el camino para la masificación del aborto en Chile está abierto. Recuerdo que en tiempo de la Unidad Popular este fue el camino para realizar abortos bajo el amparo legal.

Es posible que no exista otra oportunidad como la presente para enmendar el rumbo de una legislación que contradice la moral cristiana y cuyos efectos pueden ser nefastos para la vigencia de los grandes valores que forman el alma nacional y pienso que Uds. tienen una ocasión única para librar a la sociedad chilena de tan infamante práctica.

Movido por esta preocupación y no queriendo que en Chile llegemos a situaciones que hay ocurren en países desarrollados y que constituyen un atentado a la persona humanas y contra los valores más esenciales de la cultura occidental cristiana que nos legaron nuestros antepasados, me he permitido escribirles para que evitemos en nuestra querida Patria uno de los males más horribles que hay envilecen al mundo, haciendo así honor a los principios que el Supremo Gobierno ha enunciado desde 1973¹⁰⁹.

Las coincidencias entre el Obispo y el Almirante son manifiestas. Lo mismo las incongruencias del argumento. ¿Qué era lo problemático del Art. 119 del

¹⁰⁹ Oficio 685/89, de 20 de Julio de 1989, fs. 338-340. Citado en: Bascuñán Rodríguez, Antonio. “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”. En Revista Derecho y Humanidades I No 10 / 2004. Página 154.

Código Sanitario? ¿La falta de control judicial de la procedencia de su invocación, la vaguedad de sus términos o la autorización del aborto directamente provocado? Obviamente, los dos primeros problemas no se resolvían con la derogación de la disposición. La auténtica razón para insistir en su derogación era que no distinguía entre la provocación directa y la provocación indirecta de la muerte del feto, autorizando ambas. Semejante norma es, desde luego, incongruente con la teología moral católica”¹¹⁰.

En este punto discrepamos profundamente con el profesor Bascuñán, ya que señala como argumento último para verificar la conveniencia de modificar el código sanitario en los términos que sucedió, el que esa modificación fuera congruente con el magisterio de la Iglesia Católica, sin siquiera mencionar el hecho de que una legislación permitía el aborto directo, es decir la asesinato del *nasciturus*, y con la reforma eso no pasaría más. Esta forma de enfrentar el problema es un grave error, pues mira a quién dice algo y no lo que se dice. Su afirmación parece tanto como decir “porque lo afirma la Iglesia no es cierto”. Y las afirmaciones deben contrastarse con la realidad, no con quién las dice, porque así fuera, alguno podría decir “todas las afirmaciones que hagan personas con apellido Bascuñán son falsas”, solo por ese motivo, sin revisar la sustancia de lo que se dice. Volveremos sobre esto al hablar del principio del doble efecto.

Después de recibir los argumentos del Almirante José Toribio y del Obispo de Rancagua, Monseñor Jorge Medina, “la comisión conjunta adhirió al punto de vista episcopal y aprobó como contenido del proyecto de ley una sola disposición, del siguiente tenor:

Artículo Único. Reemplazase el artículo 119 del Código Sanitario por el siguiente:

¹¹⁰ Bascuñán Rodríguez, Antonio. “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”. En Revista Derecho y Humanidades I No 10 / 2004. Páginas 152 - 154.

"Artículo 119. No podrá ejecutarse ninguna acción directa destinada a provocar el aborto.

En su informe, la comisión conjunta aceptó la tesis de la obsolescencia de las antiguas indicaciones médicas para la práctica del aborto terapéutico y consideró en consecuencia al Art. 119 del Código Sanitario como "un resquicio" para realizar abortos médicamente injustificables. Asimismo, la comisión dejó constancia que conforme a la redacción de la nueva disposición quedaba a salvo la legitimidad de la intervención médica justificable por la doctrina del doble efecto de la teología moral católica.

En cuanto al efecto de la modificación propuesta sobre la calificación normativa del aborto directamente provocado, el informe consigna las siguientes consideraciones:

Si bien es cierto se consideró la posibilidad de que existirían algunos remotos casos en que el aborto terapéutico podría tener aplicación, se estimó innecesario mantener la norma para casos extremadamente excepcionales, considerando que en esa situación el juez va a aplicar las disposiciones generales del Código Penal.

En efecto, debe considerarse que desde el ámbito jurídico penal, el nuevo artículo 119 del Código Sanitario que se propone, no contempla la causal de justificación basada en el ejercicio legítimo de una profesión, cuya concurrencia torna en lícita la conducta.

Con la aplicación de la norma propuesta, el hecho siempre tendrá el carácter de ilícito, es decir, en el ámbito penal del ordenamiento jurídico, la conducta será típica y antijurídica (no expresamente autorizada). Por ello, el medico solo podrá evitar la sanción penal por la vía de la exculpación, acreditando

que el ilícito cometido no le es reprochable personalmente por la concurrencia de circunstancias concomitantes que le significaron la no exigibilidad de una conducta conforme a los mandatos del Derecho Penal.

En los términos propuestos, el proyecto fue aprobado por la junta de gobierno en sesión legislativa de 22 de agosto de 1989. El proyecto fue sancionado por el Presidente de la República, promulgado con fecha 24 de agosto de 1989 y publicado en el Diario Oficial correspondiente al día 15 de septiembre de 1989¹¹¹.

Por tanto, desde el año 1989 no se puede provocar un aborto directamente, con dolo. Dicha actuación quedó sancionada como se mencionó al inicio de este capítulo en el código penal. Y tal tratamiento al aborto nos parece congruente con la condición de persona que tiene el *nasciturus*, y que hemos venido afirmando reiteradamente. Es evidente que no se puede matar a una persona por “fines terapéuticos”.

6.2 El Principio del Doble Efecto.

Para estudiar la doctrina del doble efecto, tan resistida por el profesor Bascuñán, seguiremos al doctor común de la Iglesia: Santo Tomás de Aquino.

El maestro de la Universidad de París trata el tema en la Suma Teológica, concretamente en II-II, q. 64, a. 7. El dilema a resolver es el siguiente: ¿Es lícito a alguien matar a otro en defensa propia? Como siempre, antes de contestar, se plantea objeciones por las que no es lícito matar a nadie, por ejemplo lo que dice san Agustín: *“No me parece bien aconsejar a nadie que mate a otros hombres,*

¹¹¹ Bascuñán Rodríguez, Antonio. “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”. En Revista Derecho y Humanidades I No 10 / 2004. Página 155.

*aun en defensa propia, a no ser que sea soldado o que a ello le obligue su función pública, de manera que no actúe por sí mismo, sino por otros y una vez recibida la potestad legítima, si ésta es adecuada a su persona. Pero el que, defendiéndose, mata a alguien, le mata para no ser asesinado por él. Luego parece que esto es ilícito*¹¹².

En primer lugar se responde mediante un argumento de autoridad, el *sed contra*: “está Ex 22,1, que dice: *Si fuere hallado un ladrón forjando o socavando una casa, y siendo herido muriere, el que le hirió no será reo de la sangre vertida*. Pero es mucho más lícito defender la vida propia que la casa propia. Luego también, si uno mata a otro en defensa de su vida, no será reo de homicidio”¹¹³.

Como la respuesta que se busca no va dirigida solo a creyentes que asientan al argumento de autoridad, siempre Santo Tomás da fundamentos racionales a sus ideas, por lo que responde a la pregunta arriba formulada de la siguiente manera: “Nada impide que de un solo acto haya dos efectos, de los cuales uno sólo es intencionado y el otro no. Pero los actos morales reciben su especie de lo que está en la intención y no, por el contrario, de lo que es ajeno a ella, ya que esto les es accidental, como consta de lo expuesto en lugares anteriores. Ahora bien: del acto de la persona que se defiende a sí misma pueden seguirse dos efectos: uno, la conservación de la propia vida; y otro, la muerte del agresor. Tal acto, en lo que se refiere a la conservación de la propia vida, nada tiene de ilícito, puesto que es natural a todo ser conservar su existencia todo cuanto pueda. Sin embargo, un acto que proviene de buena intención puede convertirse en ilícito si no es proporcionado al fin. Por consiguiente, si uno, para defender su propia vida, usa de mayor violencia que la precisa, este acto será ilícito. Pero si rechaza la agresión moderadamente, será lícita la defensa, pues,

¹¹² Suma Teológica II-II, Q. 64, A. 7. Objeción 1.

¹¹³ Suma Teológica II-II, Q. 64, A. 7.

con arreglo al derecho, es lícito repeler la fuerza con la fuerza, moderando la defensa según las necesidades de la seguridad amenazada. No es, pues, necesario para la salvación que el hombre renuncie al acto de defensa moderada para evitar ser asesinado, puesto que el hombre está más obligado a mirar por su propia vida que por la vida ajena”¹¹⁴.

Entonces la pregunta ¿Es lícito a alguien matar a otro en defensa propia? Tiene respuestas eventuales, porque es ilícito que un hombre se proponga matar a otro simplemente para defenderse a sí mismo. En cambio, si el acto de defensa, que es solo uno, produce dos efectos: la defensa propia por un lado y la muerte del agresor por otro, solo el primero debe ser querido directamente por la voluntad, la defensa propia, más no la muerte del agresor porque no es lícito tener como objeto directo de la intención dar muerte a una persona.

Entonces, lo que sí se debe hacer es defenderse a sí mismo. El Catecismo señala que “el amor a sí mismo constituye un principio fundamental de la moralidad. Es, por tanto, legítimo hacer respetar el propio derecho a la vida. El que defiende su vida no es culpable de homicidio, incluso cuando se ve obligado a asestar a su agresor un golpe mortal:

«Si para defenderse se ejerce una violencia mayor que la necesaria, se trataría de una acción ilícita. Pero si se rechaza la violencia en forma mesurada, la acción sería lícita [...] y no es necesario para la salvación que se omita este acto de protección mesurada a fin de evitar matar al otro, pues es mayor la obligación que se tiene de velar por la propia vida que por la de otro» (Santo Tomás de Aquino, *Summa theologiae*, 2-2, q. 64, a. 7)”¹¹⁵.

¹¹⁴ Suma Teológica. II-II. Q. 64, A. 7, *in corpus*.

¹¹⁵ Catecismo de la Iglesia Católica, Parágrafo 2264.

Por eso, continúa el Catecismo “La legítima defensa puede ser no solamente un derecho, sino un deber grave, para el que es responsable de la vida de otro. La defensa del bien común exige colocar al agresor en la situación de no poder causar perjuicio. Por este motivo, los que tienen autoridad legítima tienen también el derecho de rechazar, incluso con el uso de las armas, a los agresores de la sociedad civil confiada a su responsabilidad”¹¹⁶.

Por tanto, defenderse del agresor no es visto solo como un derecho, sino inclusive como un deber grave. Uno se puede y se debe defender. Pero, ¿es el problema del aborto un caso de legítima defensa? ¿Es entendida como legítima defensa que la mujer puede realizarse un aborto y estar de acuerdo con nuestra legislación y la moral católica? Pues no. El problema entorno al aborto no radica si la mujer debe o no defenderse del bebé que tiene en sus entrañas, puesto que, como enseña la Encíclica *Evangelium Vitae*, en el aborto “quien se elimina es un ser humano que comienza a vivir, es decir, lo más *inocente* en absoluto que se pueda imaginar: ¡jamás podrá ser considerado un agresor, y menos aún un agresor injusto! Es *débil*, inerte, hasta el punto de estar privado incluso de aquella mínima forma de defensa que constituye la fuerza implorante de los gemidos y del llanto del recién nacido. Se halla *totalmente confiado* a la protección y al cuidado de la mujer que lo lleva en su seno”¹¹⁷.

Por tanto, el problema del aborto no se debe enfrentar como uno de legítima defensa, pues el *nasciturus* es inocente y nunca podría ser un agresor injusto. La Congregación para la Doctrina de la fe indicaba que “los derechos inalienables de la persona deben ser reconocidos y respetados por parte de la sociedad civil y de la autoridad política. Estos derechos del hombre no están subordinados ni a los individuos ni a los padres, y tampoco son una concesión de la sociedad o del Estado: pertenecen a la naturaleza humana y son inherentes a la

¹¹⁶ Catecismo de la Iglesia Católica, Parágrafo 2265.

¹¹⁷ Juan Pablo II, *Evangelium Vitae* N° 58.

persona en virtud del acto creador que la ha originado. Entre esos derechos fundamentales es preciso recordar a este propósito el derecho de todo ser humano a la vida y a la integridad física desde la concepción hasta la muerte¹¹⁸.

Los ordenamientos jurídicos deben salvaguardar esta realidad del *nasciturus*, por lo tanto se comprende que la reforma al código sanitario no permita el aborto directamente querido, ya que, como señalaba la Congregación para la Doctrina de la Fe, “cuando una ley positiva priva a una categoría de seres humanos de la protección que el ordenamiento civil les debe, el Estado niega la igualdad de todos ante la ley. Cuando el Estado no pone su poder al servicio de los derechos de todo ciudadano, y particularmente de quien es más débil, se quebrantan los fundamentos mismos del Estado de derecho [...] El respeto y la protección que se han de garantizar, desde su misma concepción, a quien debe nacer, exige que la ley prevea sanciones penales apropiadas para toda deliberada violación de sus derechos¹¹⁹. Es decir, que sancione penalmente el aborto directamente querido, como de hecho en nuestro país actualmente sí lo es.

Por tanto, para aplicar el principio del doble efecto debemos estarnos a su sustancia. Es decir, un acto que tiene dos efectos donde solo uno de esos efectos es querido, y el otro es meramente tolerado. Hay que sacarlo del contexto de la legítima defensa en que se plantea inicialmente, pues el *nasciturus* no es un agresor del cual se debe defender la madre, y en esa defensa causarle la muerte. Lo que está permitido, según este principio, es una acción tendiente a recuperar la salud de la madre, que sea indispensable para poder salvaguardar la salud de ella, y que dicho tratamiento, por ejemplo, pudiera provocar un aborto. Lo mismo se podría decir de un tratamiento intrauterino al *nasciturus* que lo beneficie y sea indispensable para que siga desarrollándose, y que tal tratamiento pudiera provocar la muerte del *nasciturus*. Es decir, lo directamente querido, buscado, no

¹¹⁸ Congregación para la Doctrina de la Fe, Instrucción *Donum vitae* 3.

¹¹⁹ Congregación para la Doctrina de la Fe, Instrucción *Donum vitae* 3.

es la muerte del *nasciturus* –el aborto- sino otro efecto bueno, pero que con motivo del acto que provoca ese efecto bueno y querido, se produce otro efecto no querido, pero tolerado.

A nuestro modo de ver el principio del doble efecto es el que más respeta la realidad de persona que tiene el *nasciturus*, puesto que evita un acto humano que tenga por objeto deliberadamente matarlo. No se puede querer directamente matar a una persona, lo que incluye la vida del que está por nacer. Es decir, no se puede buscar dolosamente abortar un niño. El estado debe, como de hecho lo hace, evitar y sancionar que esto ocurra.

El profesor Bascuñán cuando se muestra contrario a que la legislación afirme el principio del doble efecto porque es la Iglesia quien lo defiende, parece más contrario a la Iglesia que al principio del doble efecto, pues no da argumentos en contra ni a favor de él, sino que el grave problema que reviste es que es sostenido por la Iglesia católica, y fue defendido en la etapa legislativa por un Obispo. Si siguiéramos ese criterio, debiera estar en contra de otras afirmaciones que hace la Iglesia: como la abolición de la esclavitud y la preferencia por los más necesitados, la cual se manifiesta en miles de hospitales, hogares, comedores, apostolado en las cárceles, etc. En esta lógica todo eso estaría mal solo porque lo dice la Iglesia Católica.

6.3 Tesis del Profesor Bascuñán respecto el Aborto en la Constitución.

La tesis del profesor Bascuñán es que la Constitución permite lícitamente el aborto consentido en Chile, lo cual se opone a lo que venimos afirmando.

Esta afirmación la fundamenta en dos pilares. Primero que la Constitución no excluyó el aborto consentido, lo que sí hizo el artículo 119 del código sanitario,

y que por lo mismo habría que cambiarlo. Y en segundo lugar, tomándose de una jurisprudencia alemana, que dice calza con nuestra legislación y por lo tanto le son aplicables los mismos razonamientos. Veamos con más detención sus argumentos.

a. La Constitución permite el aborto consentido.

El profesor Bascuñán señala que la correcta interpretación de la Constitución sería el principio de la exigibilidad diferenciada. En qué consiste dicho principio. El mismo autor nos explica que “el fundamento de justicia política de la prohibición del aborto consentido no se deduce de la afirmación de la prohibición de dar muerte a un ser humano. La prohibición de matar es un deber de no causar un daño a otro. Solo impone al destinatario una restricción de su libertad general de acción. La prohibición del aborto consentido implica para la mujer un deber de tolerar la afectación de intereses propios en beneficio de otro. No solo le impone una restricción de su libertad de acción, sino que le exige una contribución al bienestar del feto que desde el punto de vista de la justicia política es propia de un deber de solidaridad.

Las exigencias que impone a la mujer el deber de tolerar el embarazo no tienen parangón con ningún otro deber de solidaridad del ordenamiento jurídico. En la regulación del Código Penal, por ejemplo, no existe un deber general de solidaridad en virtud del cual haya que tolerar la afectación de bienes jurídicos personalísimos. El estado de necesidad agresivo —el paradigma de las causas de justificación que imponen deberes de solidaridad— solo permite justificar la afectación de bienes instrumentales (Art. 10 No 7). Por su parte, la omisión de socorro —la sanción de la infracción al deber más elemental de solidaridad— reconoce como límite de sus exigencias que el auxilio requiera detrimento de los propios intereses: nadie está obligado a sacrificarse por socorrer a otro. Y sin embargo, la mujer embarazada debe tolerar la presencia de otro ser dentro de su

cuerpo y el aprovechamiento de sus funciones vitales por ese otro ser. Ningún ser humano nacido tiene un derecho ni una obligación semejante respecto de otro ser humano nacido.

La pregunta, pues, de si el nasciturus es o no persona, titular del derecho constitucional a la vida, no prejuzga en sentido alguno la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo. En tanto deber de solidaridad, ese deber excede el margen del deber correlativo al derecho a la vida.

Es el caso, sin embargo, que la legislación impone ese deber de solidaridad a la mujer. El Código Penal chileno sanciona a la mujer que causa o consiente su embarazo. La Constitución de 1980/89 dispone por su parte que la ley debe proteger la vida del que está por nacer, y se encuentra fuera de discusión que desde el punto de vista de la Constitución la sanción penal del aborto es un modo legítimo de protección de la vida del que está por nacer. Luego, desde 1981 el deber de solidaridad impuesto por el Código Penal cuenta con una validación constitucional en el sistema jurídico chileno. El punto de partida es, pues, que todo embarazo no consentido implica una situación de estado de necesidad resuelta por el legislador en contra de los intereses de la mujer, contando con el apoyo del orden constitucional. A partir de esta premisa, la pregunta que debe responderse a la luz de la Constitución es hasta dónde puede legítimamente llegar el sacrificio de los intereses de la mujer exigible como medio para salvaguardar el interés en la vida del feto.

A diferencia de la teología moral del magisterio de la Iglesia Católica, la Constitución Política de la República de Chile no impone una prohibición absoluta de dar muerte al feto y la doctrina del doble efecto es completamente ajena al derecho penal chileno. El derecho público chileno reconoce que la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo es relativa y no asigna importancia alguna a la

intencionalidad de la mujer como criterio para justificar la inexigibilidad de ese deber.

¿Cuál es la respuesta que puede encontrarse en la Constitución a la pregunta por los límites del sacrificio exigible a una mujer embarazada?

Un primer modo de abordar esta cuestión es sostener que la Constitución prescinde de toda respuesta a esa pregunta, dejando la decisión del problema a la política legislativa. Es decir, que si bien la Constitución no impone una prohibición absoluta del aborto, tampoco impone autorizaciones para su comisión. Hay buenas razones para sostener que los redactores del precepto constitucional suponían que esta era la posición de la Constitución. Pero semejante tesis es, al menos en parte, manifiestamente inaceptable¹²⁰.

Resumamos la tesis del profesor Bascuñán. El mueve el argumento del terreno en donde nos veníamos moviendo. No se cuestiona si el *nasciturus* es o no persona. De hecho afirma que lo es cuando dice que el tema del aborto “consentido no se deduce de la afirmación de la prohibición de dar muerte a un ser humano”. No solo eso, también reconoce que la Constitución lo protege, y que dicha protección consta en el código penal, y que dicha protección “se encuentra fuera de discusión que desde el punto de vista de la Constitución la sanción penal del aborto es un modo legítimo de protección de la vida del que está por nacer”. Por tanto, no está en tela de juicio su calidad de humano. Sino que lo que él plantea es que la Constitución no tiene una norma que precise hasta qué punto una persona, en este caso la mujer embarazada, debe resistir el ver sus intereses afectados en favor de otra, que sería el hijo. Y como la Constitución no tiene una norma precisa y el actual artículo 119 del código sanitario si la da, dice que debiera ser declara inconstitucional.

¹²⁰ Bascuñán Rodríguez, Antonio. “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”. En Revista Derecho y Humanidades I No 10 / 2004. Páginas 167 – 168.

Por esto, su argumento a favor de la permisión de un aborto consentido hace referencia al deber de solidaridad que le impone la legislación a la mujer embarazada. Por eso “la pregunta que debe responderse a la luz de la Constitución es hasta dónde puede legítimamente llegar el sacrificio de los intereses de la mujer exigible como medio para salvaguardar el interés en la vida del feto”. Es decir, si en el transcurso del embarazo se presentan complicaciones que afecten los intereses de la mujer, esta no tiene porqué aceptar sacrificar sus intereses en pos del *nasciturus*, que es su hijo por cierto. En el fondo, lo que el profesor Bascuñán afirma es que llegado el caso de que la mujer embarazada se vea afectada por el *nasciturus* no tiene una obligación de soportar esa afectación de sus intereses, y que por tanto si tuviera que escoger entre ella y su hijo, debe hacerlo por ella. Esta opción por sus propios intereses no tiene nada que ver con el principio del doble efecto, como señala el profesor Bascuñán, sino que puede lícita y directamente querer matarlo.

¿Es realmente algo tan descabellado que la madre tenga un deber de solidaridad con su hijo? ¿De verdad es carente de sentido común que una mujer embarazada posponga sus intereses por el bien de la criatura que lleva en sus entrañas? Para nosotros una afirmación así demuestra el riesgo de que el derecho busque solucionar todos los aspectos de la vida de las personas sin entrar en diálogo con otras ciencias, o peor aún, sin entrar en diálogo con el sentido común.

Analicemos la siguiente afirmación del profesor Bascuñán: “la mujer embarazada debe tolerar la presencia de otro ser dentro de su cuerpo y el aprovechamiento de sus funciones vitales por ese otro ser. Ningún ser humano nacido tiene un derecho ni una obligación semejantes respecto de otro ser humano nacido”. Básicamente es difícil comparar las obligaciones de un ser humano nacido con las obligaciones que suponen la maternidad porque no hay nada análogo. La maternidad es *sui generis* y por tanto es evidente que no se

puede comparar propiamente con nada. Pero, lo que no es cierto es que no se pueda comparar con otros deberes que competen a los padres cuando el hijo ya nació, y que por tanto de algún modo se asemejan. Ejemplos de esto encontramos en el derecho de familia, específicamente nos referimos al derecho de alimentos, que define el código civil en el artículo 323 de la siguiente manera: “es el que la ley otorga a una persona para demandar de otra que cuenta con los medios para proporcionar lo que necesita para subsistir modestamente de un modo que corresponde a su posición social y que debe cubrir a lo menos el sustento (comida), habitación, vestido, salud, movilización, enseñanza básica y media y el aprendizaje de alguna profesión u oficio”. Es un deber de solidaridad respecto los hijos, ahora bien el código señala que se puede demandar a quien “cuenta con los medios”. No obstante esa expresión fue casi derogada con la entrada en vigencia de la ley 14.908, en la cual encontramos la siguiente presunción: “Para los efectos de decretar los alimentos cuando un menor los solicite de su padre o madre, se presumirá que el alimentante tiene los medios para otorgarlos”¹²¹. Y no solo eso, sino que existe una presunción de derecho en la misma ley respecto el dinero que se debe dar por concepto de alimentos, es así que “el monto mínimo de la pensión alimenticia que se decrete a favor de un menor alimentario no podrá ser inferior al cuarenta por ciento del ingreso mínimo remuneracional que corresponda según la edad del alimentante. Tratándose de dos o más menores, dicho monto no podrá ser inferior al treinta por ciento por cada uno de ellos”¹²². Entonces tenemos un deber de solidaridad que pesa sobre los padres respecto sus hijos. Concreticemos este deber. Si un padre percibe el sueldo mínimo que actualmente rige en nuestro país, es decir \$257.500.-, debe dar por concepto de alimentos al menos \$103.000.-, que equivale al cuarenta por ciento. ¿Quién puede vivir solo con \$154.500.-? ¿Alcanza para comer, vestir, pagar cuentas, etc., ese dinero? ¿No será demasiado? Pues en la lógica del profesor Bascuñán ese padre debiera no darle alimentos a su hijo, pues se ven gravemente vulnerados sus intereses

¹²¹ Ley 14.908. Artículo 3.

¹²² Íbid.

propios en contraposición a los derechos que la ley le reconoce a su hijo. Y estaría más que justificado, si la madre puede matar a su hijo al colisionar sus intereses con los de él, como un padre no va a poder dejar de dar alimentos si el deber de solidaridad que tiene respecto su hijo le perjudica. Evidentemente esto es absurdo.

En derecho de familia, que es donde podemos encontrar ejemplos que nos sirvan, aunque nada hay que se compare perfectamente con el embarazo en su condición de *sui generis*, encontramos otros casos. Los deberes que tienen los cónyuges entre sí. Encontramos aquí: deber de vivir en el hogar común, de cohabitación, de fidelidad, de socorro, de ayuda mutua, de respeto y protección recíproca, de auxilio y expensas para la Litis. En el largo camino que supone el matrimonio más de alguna vez los intereses propios se verán gravemente afectados por los deberes que se tienen para con el cónyuge. ¿Qué hacer en este caso? Para el profesor Bascuñán la respuesta sería optar por uno siempre, no podría sacrificar mi interés personal por mi cónyuge, no existe un deber de solidaridad tal. Si esto fuera así, un cónyuge que fue infiel podría argumentar ante la solicitud de separación judicial del otro, que no se configura la causal del artículo 54 N° 2 de la ley 19.947 contra él, pues el derecho no podía obligarlo de esa manera en referencia a otra persona. Esto es absurdo. En muchas aristas del derecho, pero particularmente el derecho de familia, implica un deber-solidaridad para con el otro que muchas veces puede llegar a ser heroico, y su incumplimiento sí encuentra sanción en el derecho. Por lo que no es tan descabellado pensar que la mujer embarazada sí tenga que posponer sus intereses por su hijo. Para situaciones extremas está el principio del doble efecto, que resguarda perfectamente la condición de ser humano del *nasciturus*.

Además, planteado el problema como lo hace el profesor Bascuñán nos devolvería a la situación que había con anterioridad al actual artículo 119 del código sanitario. Es decir, ¿quién determina el momento en que se pasa la barrera de los intereses que la mujer sí puede sacrificar por el *nasciturus* respecto de los

que no? Otra vez volveríamos a los médicos, los cuales no tienen consenso respecto este tema. No puede delegarse una decisión así, el cuándo es lícito matar a un bebé, en terceros, o solo en decisiones de conciencia que son meramente subjetivas. La regla debe ser objetiva, y debe estar dada por el legislador pues es su deber velar por el derecho a la vida del *nasciturus*.

Cuando el profesor Bascuñán plantea lo siguiente: “La prohibición del aborto consentido implica para la mujer un deber de tolerar la afectación de intereses propios en beneficio de otro. No solo le impone una *restricción de su libertad* de acción, sino que le exige una contribución al bienestar del feto que desde el punto de vista de la justicia política es propia de un deber de solidaridad”. A lo que está apuntado no es a un tema que solo compete al derecho, lo que venimos diciendo que es obvio pues los saberes pertenecen al ser humano cuya realidad está compuesta de manera más compleja que la sola realidad jurídica, puesto que la libertad que se le estaría restringiendo a la mujer es lo que habría que volver a plantearse y a entender. En el fondo, ¿qué es la libertad? Pues en el caso planteado por el profesor Bascuñán libertad sería el sometimiento de la voluntad de la mujer por sobre la del *nasciturus*. Juan Pablo II respondía a esta pregunta de la siguiente manera: “el origen de la contradicción entre la solemne afirmación de los derechos del hombre y su trágica negación en la práctica, está en un *concepto de libertad* que exalta de modo absoluto al individuo, y no lo dispone a la solidaridad, a la plena acogida y al servicio del otro. Si es cierto que, a veces, la eliminación de la vida naciente o terminal se enmascara también bajo una forma malentendida de altruismo y piedad humana, no se puede negar que semejante cultura de muerte, en su conjunto, manifiesta una visión de la libertad muy individualista, que acaba por ser la libertad de los « más fuertes » contra los débiles destinados a sucumbir”¹²³. Es decir, la madre contra el hijo, donde es el hijo el que siempre pierde porque la madre es la más fuerte. Esto hasta que nazca

¹²³ Juan Pablo II, Encíclica *Evangelium Vitae*. N° 19, año 1995.

ya que en ese momento las leyes lo protegerán en sus derechos más básicos de esta forma de entender la “libertad”.

Veamos aún una idea más del Papa Wojtyla: “Con esta concepción de la libertad, *la convivencia social se deteriora profundamente*. Si la promoción del propio yo se entiende en términos de autonomía absoluta, se llega inevitablemente a la negación del otro, considerado como enemigo de quien defenderse. De este modo la sociedad se convierte en un conjunto de individuos colocados unos junto a otros, pero sin vínculos recíprocos: cada cual quiere afirmarse independientemente de los demás, incluso haciendo prevalecer sus intereses. Sin embargo, frente a los intereses análogos de los otros, se ve obligado a buscar cualquier forma de compromiso, si se quiere garantizar a cada uno el máximo posible de libertad en la sociedad. Así, desaparece toda referencia a valores comunes y a una verdad absoluta para todos; la vida social se adentra en las arenas movedizas de un relativismo absoluto. Entonces *todo es pactable, todo es negociable*: incluso el primero de los derechos fundamentales, el de la vida... Reivindicar el derecho al aborto, al infanticidio, a la eutanasia, y reconocerlo legalmente, significa atribuir a la libertad humana un *significado perverso e inicuo*: el de un *poder absoluto sobre los demás y contra los demás*”¹²⁴.

b. La jurisprudencia alemana.

Veamos el segundo argumento que da el profesor Bascuñán para afirmar la licitud del aborto consentido en nuestra constitución. Como adelantamos, su hilo conductor se basa enteramente en una sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, que según opinión del profesor es parangonable con nuestra situación normativa.

¹²⁴ *Ibíd.*

Señala el profesor Bascuñán que “si las excepciones a la prohibición de matar al *nasciturus* se basan en supuestos de colisión de intereses, cuando los intereses de protección cuya defensa requiere la muerte del *nasciturus* tienen rango constitucional, se trata de un conflicto de principios constitucionales. En la propia Constitución debe encontrarse, por lo tanto, el criterio para la solución de esos conflictos. Ese criterio se encuentra en una argumentación de ponderación de esos intereses o principios en conflicto. En esto, la situación bajo la Constitución chilena es enteramente idéntica a la situación bajo la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, tal como es interpretada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante "TCF").

El TCF considera que del juego de los Arts. 1 y 2 de la Ley Fundamental se deduce para el Estado un deber de protección de la vida del *nasciturus*. El cumplimiento de ese deber de protección requiere una prestación normativa por parte del Estado: el aborto debe ser prohibido por el derecho. La Constitución exige que esta protección sea dispensada aun en contra de la voluntad de la mujer embarazada. El cumplimiento del deber de proteger la vida del *nasciturus* tiene prioridad sobre el cumplimiento del deber de abstenerse de afectar los intereses personalísimos de la mujer que no desea el embarazo.

Lo anterior significa que la Constitución impone al Estado el deber de exigir a la mujer embarazada el cumplimiento de ese deber de solidaridad que es correlativo a la prohibición de causar un aborto, cuando ella es su destinataria. Este es exactamente el caso del derecho chileno, como se ha afirmado.

No obstante lo anterior, el TCF plantea dos salvedades.

En primer lugar, que la exigencia al Estado de prestaciones normativas como modo de satisfacer el deber de protección de la vida del *nasciturus* no implica necesariamente el uso de la protección penal. Lo exigido es una protección

adecuada: idónea, necesaria y proporcionada a la relevancia de la vida del *nasciturus* como finalidad. Es posible que la protección penal resulte inidónea o innecesaria, y, dependiendo de la penalidad, incluso desproporcionada. La cuestión de qué prestación normativa es la que corresponde otorgar para satisfacer el deber de protección se encuentra entregada a la política legislativa democrática, bajo las restricciones derivadas del principio de proporcionalidad. Esta es una consideración relevante de *lege ferenda*. Ella demuestra la incorrección de los fundamentos esgrimidos por la moción que dio origen a la Ley 18.826, pero no incide de *lege lata* sobre la cuestión de la licitud del aborto consentido.

La segunda salvedad si es pertinente al tratamiento de esa cuestión. El TCF sostiene que el deber de protección de la vida del feto que pesa sobre el Estado no implica la exigibilidad absoluta del deber de tolerar el embarazo. Por el contrario, dado el carácter de auténtico conflicto de derechos que implica el embarazo, es posible que en circunstancias excepcionales los intereses personalísimos de la mujer adquieran un peso específico tal que se haga inexigible ese deber de solidaridad que por general pesa sobre ella. En esos casos, según el TCF, la Constitución brinda el fundamento de la autorización estatal a la práctica del aborto como medio para salvaguardar esos intereses de la mujer. Los términos de la sentencia del TCF merecen ser transcritos:

[48] La obligación del Estado de proteger la vida en formación se mantiene —como ha sido expuesto— incluso frente a la madre. Aquí surgen sin embargo problemas particulares al aplicar el derecho penal, que se originan a partir de la singular situación de la mujer embarazada. Los efectos intrusivos del embarazo sobre el estado mental y corporal de la mujer son directamente visibles y no requieren de mayor comentario. Usualmente conllevan una considerable alteración del plan global de vida y una restricción de las posibilidades de desarrollo personal. Esta carga no es siempre ni tampoco por completo compensada porque

la mujer encuentre realización en su tarea como madre o porque tenga derecho a asistencia por la comunidad. Aquí pueden darse situaciones de conflicto graves, incluso que pongan en peligro la vida. El derecho a la vida del aún no nacido puede conducir a una carga para la mujer que sobrepase manifiestamente la medida que normalmente se encuentra vinculada al embarazo. Se plantea aquí la pregunta por la exigibilidad, o con otras palabras, la pregunta de si en tales casos el Estado puede forzar a la mujer a sobrellevar el embarazo incluso por medio del derecho penal. La protección de la vida del no nacido se enfrenta con el derecho de la mujer a no ser coaccionada a sacrificar sus valores vitales en interés del respeto de ese bien jurídico. En semejante situación de conflicto, que en general no admite un juicio moral unívoco y en la cual la decisión de interrumpir el embarazo adquiere el rango de una decisión de conciencia que debe ser respetada, *el legislador se encuentra obligado a mantener una especial moderación*. Si en esos casos el legislador no considera el comportamiento de la mujer como merecedor de pena y prescinde del derecho penal, ello debe ser considerado constitucionalmente en todo caso como *el resultado de una ponderación que le es obligatoria*.

[49] *Para* la determinación del contenido del criterio de la inexigibilidad deben sin embargo excluirse las circunstancias que no impliquen una grave carga para la mujer, debido a que representan la situación normal con la cual la mujer debe contar. Por el contrario, deben concurrir circunstancias de considerable peso, que dificultan a la afectada inusualmente el cumplimiento de su deber, de modo que no pueda razonablemente esperárselo de ella. Estas circunstancias concurren especialmente cuando el cumplimiento del deber pone a la afectada en graves conflictos internos. La solución de tales conflictos mediante una amenaza penal por lo general no resulta adecuada, porque aplica coacción extrema allí donde *el respeto por la esfera de la personalidad del ser humano exige una total libertad interna de decisión*.

Inexigible aparece la prolongación del embarazo en especial cuando se evidencia que la interrupción es necesaria para evitar un peligro para la vida de la mujer o el peligro de una grave afectación de su estado de salud. En este caso se encuentra en juego su propio derecho a la vida y a la incolumidad corporal, cuyo sacrificio a favor de la vida aún no nacida no puede esperarse de ella. Más allá de este caso, el legislador puede libremente dejar impune el aborto en otras situaciones de inusual carga para la mujer embarazada que tenga una gravedad semejante desde el punto de vista de la inexigibilidad. Aquí cabe incluir en especial los casos (...) de las indicaciones eugénica, ética (criminológica) y de la situación de necesidad. [50] (...) *El punto de vista decisivo es que en todos estos casos se hace valer un interés digno de protección conforme a la Constitución con tal intensidad, que el Orden jurídico estatal no puede exigir a la mujer que conceda prioridad al derecho a la vida del no nacido bajo cualquier circunstancia.*

También la indicación de la situación de necesidad general (indicación social) puede ser incluida aquí. Pues la situación social general de la mujer embarazada y de su familia puede originar conflictos de tal gravedad, que no sea posible forzar a la mujer mediante el derecho penal a un sacrificio en interés de la vida del no nacido más allá de una determinada medida”¹²⁵ ¹²⁶.

Analicemos los argumentos dados. En primer lugar menciona el profesor Bascuñán que “la exigencia al Estado de prestaciones normativas como modo de satisfacer el deber de protección de la vida del *nasciturus* no implica necesariamente el use de la protección penal”. ¿Por qué no? No se entiende muy bien este argumento, toda vez que el homicidio, que es el delito por antonomasia en contra de las personas, debe estar sancionado penalmente, como de hecho lo

¹²⁵ BVerfGE 39, 1 (1975), 48-50, citado según: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* Ti. i bingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1993, Tomo I, p. 394-396. Citado en: Bascuñán Rodríguez, Antonio. “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”. En *Revista Derecho y Humanidades I* No 10 / 2004. Página 171

¹²⁶ Bascuñán Rodríguez, Antonio. “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”. En *Revista Derecho y Humanidades I* No 10 / 2004. Páginas 168 – 171.

está. Por lo que en esta concesión de que sí debe estar sancionado el aborto, pero no necesariamente en el código penal, se vislumbra la idea de que habría personas de primera categoría, y otras que lo son de segunda. Sí un niño tuvo la suerte de nacer, y alguien le quita la vida, será sancionado con las penas consideradas en el código penal. Pero en cambio, ese mismo niño un par de meses atrás, antes de nacer, le dan muerte por medio de un aborto, ese asesinato no debiese tener condena penal. No tiene sentido. Esta idea rompe con el artículo 1 de nuestra Constitución: “Las personas nacen... iguales en dignidad y derechos”. Con esta idea no todas las personas serían iguales, pues unas valdrían más y otras menos.

Respecto la jurisprudencia alemana, que nos pareció bien citar completa, podemos resumir su criterio en la siguiente afirmación: “En semejante situación de conflicto, que en general no admite un juicio moral unívoco y en la cual la decisión de interrumpir el embarazo adquiere el rango de una decisión de conciencia que debe ser respetada, el *legislador se encuentra obligado a mantener una especial moderación*”. Aquí se resume el argumento: 1º circunstancias externas que llevan a un grave conflicto de intereses entre el hijo y la madre; 2º incapacidad de tener un veredicto moral único; 3º por tanto, entrega de la situación a la subjetividad manifestada en la conciencia, lo que el legislador deberá respetar.

El profesor Bascuñán propone cuáles son las circunstancias externas que hacen colisionar de tal modo los intereses de madre e hijo, que ésta deba imponer su bienestar al del niño: “el orden de los supuestos de inexigibilidad, basados en la Constitución, corresponde al orden de la intensidad comparativa de la afectación de los intereses personalísimos de la mujer que puede traer consigo el embarazo. La máxima afectación es la que corresponde a la indicación terapéutica. Le siguen las indicaciones ético-jurídicas y embriopatía. El supuesto especial de menor

intensidad de afectación comparativa es la indicación socioeconómica”¹²⁷. Nos interesa ver en su conjunto estas circunstancias que justifican el matar al *nasciturus* por la afectación de bienes personalísimos que sufriría la mujer. Abordaremos sus implicancias desde dos puntos de vista: en primer lugar tratar de exponer las últimas consecuencias que conlleva pensar así, y finalmente el principio filosófico-jurídico que creemos se ve transgredido con esta forma de razonar.

En primer lugar, pongamos como ejemplo lo que dice el profesor Bascuñán: “El deber de solidaridad impuesto por el legislador a la mujer es el deber de tolerar el embarazo. Esto implica tolerar la afectación de *sus* intereses personalísimos dentro del umbral que es inherente a todo embarazo. Si en el caso concreto la intensidad de la afectación de sus intereses personalísimos rebasa ese umbral, deja de ser exigible el deber de tolerar el embarazo. El Estado no puede imponer legítimamente un deber de solidaridad supererogatorio a las exigencias que son propias del embarazo. Este es el fundamento normativo de la extensión de la institución del aborto terapéutico más allá de los estrictos límites del estado de necesidad defensivo. A la mujer embarazada no le es exigible más sacrificio de su integridad corporal y salud que el que impone por regla general un embarazo”¹²⁸. Todas las ideas contienen virtualmente conclusiones que muchas veces sus propios autores no alcanzan a percibir, pero que el tiempo se encarga de hacer germinar y llevar hasta el final sus consecuencias. En el ejemplo que da aquí el profesor Bascuñán para justificar el aborto del *nasciturus*, podríamos cambiar el supuesto desde el embarazo a la crianza del niño ya nacido, lo que quedaría algo así: “*El deber de solidaridad impuesto por el legislador a la mujer es el deber de tolerar el criar a su hijo. Esto implica tolerar la afectación de sus intereses personalísimos dentro del umbral que es inherente a toda crianza. Si en el caso*

¹²⁷ Bascuñán Rodríguez, Antonio. “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”. En Revista Derecho y Humanidades I No 10 / 2004. Páginas 168 – 171.

¹²⁸ Bascuñán Rodríguez, Antonio. “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”. En Revista Derecho y Humanidades I No 10 / 2004. Página 175.

concreto la intensidad de la afectación de sus intereses personalísimos rebasa ese umbral, deja de ser exigible el deber de tolerar el criar. El Estado no puede imponer legítimamente un deber de solidaridad supererogatorio a las exigencias que son propias de la crianza". Es exactamente el mismo ejemplo, solo que cambiamos la edad de la persona en cuestión, en vez de ser el embarazo que corresponde al *nasciturus*, pusimos la crianza del niño recién nacido. Siguiendo la lógica del profesor Bascuñán, si la crianza de ese niño rebasa el umbral de una crianza normal, por ejemplo porque el niño nació con una malformación congénita, o con una discapacidad ya sea mental o corporal, esa madre podría matar a su hijo, o al menos abandonarlo y dejar su crianza, pues nadie, menos el derecho puede obligarla a llevar adelante una crianza que supere la afectación de intereses personalísimos que supone una crianza normal. Como vemos la conclusión es nefasta, tanto como las premisas que la justifican.

Pongamos solo un ejemplo más para graficar mejor aun lo que acabamos de decir. El profesor Bascuñán nos da el siguiente ejemplo de otra circunstancia, esta vez las condiciones socioeconómicas, que justificaría un aborto: "Esta indicación corresponde a los supuestos en que el embarazo y el nacimiento acarrearían para la mujer, y en su caso, también para su entorno familiar, graves consecuencias lesivas de su calidad de vida. Esta es, indiscutidamente, la razón que con mayor frecuencia determina a las mujeres embarazadas a practicar el aborto. De aquí la trascendencia de la cuestión de su admisibilidad constitucional"¹²⁹. Otra vez pongamos un ejemplo similar y apliquemos las mismas premisas para obtener la realidad de lo que ellas nos quieren decir. Va nuestro ejemplo: una madre viuda vive en casa con sus tres hijos y su madre postrada. Todos viven solamente de su sueldo, que es el mínimo. El país cae en una crisis económica tremenda, la madre es despedida y lleva meses sin encontrar trabajo. Siguiendo la lógica del profesor Bascuñán ella estaría en condiciones de matar a

¹²⁹ Bascuñán Rodríguez, Antonio. "La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno". En Revista Derecho y Humanidades I No 10 / 2004. Página 178.

sus tres hijos y a su madre, pues su condición socioeconómica justificaría su actuar sobradamente.

Como se puede apreciar es evidente que las circunstancias externas, por trágicas que sean, no pueden ser un justificativo para matar a otro. Ya sea este otro un *nasciturus*, un hijo pequeño, un par o un anciano. Por eso el derecho a la vida siempre se lo ha entendido como el primero y más elemental de todos los derechos, que sirve de fundamento y sustrato para poder ejercer el resto. Y por tanto, no puede violarse por circunstancias externas. Nuestra constitución en este sentido es clara: todos tienen el derecho constitucional a la vida, incluyendo el *nasciturus*; y además, todos son iguales ante la ley. No hay personas de primera y segunda categoría. Ahí donde se hace una concesión para matar a “algunas” personas, por ejemplo los países que han permitido el aborto, es solo cosa de tiempo para que también se regule la eutanasia, porque son consecuencias de las mismas premisas, que lo que en realidad encierran es la idea de que bajo ciertas circunstancias se puede lícitamente querer matar a alguien.

Para terminar, quisiéramos exponer cual es el principio filosófico-jurídico que se transgrede al plantear que en ciertos casos es lícito matar a otro cuando afecta mis intereses personalísimos, que vendría a completar las ideas expuestas arriba respecto la errónea idea de libertad. En primer lugar se buscan situaciones excepcionales en las cuales es más difícil aplicar el principio universal. En este caso el principio sería: no matar. Es ley natural y jurídica este precepto. Ahora bien, se plantean situaciones muy complicadas en donde pareciera que es conveniente no aplicar la norma universal, y entregarlo –como decía la jurisprudencia alemana- a la conciencia de cada individuo. Esto es lo que se llama moral de situación. Pío XII la describía así: “el signo distintivo de esta moral es que no se basa en manera alguna sobre las leyes morales universales, como -por ejemplo- los diez mandamientos, sino sobre las condiciones o circunstancias reales y concretas en las que ha de obrar y según las cuales la

conciencia individual tiene que juzgar y elegir. Tal estado de cosas es único y vale una vez para cada acción humana. Luego la decisión de la conciencia -afirman los defensores de esta ética- no puede ser imperada por las ideas, principios y leyes universales”¹³⁰.

Por tanto, el énfasis está en lo que rodea al acto moral, y cómo estas circunstancias externas parecen justificar la no aplicación a este caso concreto la ley universal. El mismo Pío XII dice: “Se preguntará de qué modo puede la ley moral, que es universal, bastar e incluso ser obligatoria en un caso particular, el cual, en su situación concreta, es siempre único y de una vez. Ella lo puede y ella lo hace, porque, precisamente, **a causa de su universalidad, la ley moral comprende necesaria e intencionalmente todos los casos particulares**, en los que se verifican sus conceptos. Y en estos casos, muy numerosos, ella lo hace con una lógica tan concluyente, que aun la conciencia del simple fiel percibe inmediatamente y con plena certeza la decisión que se debe tornar.

Esto vale especialmente para las obligaciones negativas de la ley moral, para las que exigen un no hacer, un dejar de lado. Pero no para éstas solas. Las obligaciones fundamentales de la ley moral están basadas en la esencia, en la naturaleza del hombre y en sus relaciones esenciales, y valen, por consiguiente, en todas partes donde se encuentre el hombre”¹³¹.

Por tanto, no se puede cobijar en elementos externos una persona para matar al *nasciturus*, a nadie le está permitido matar a otro como intención directa de su voluntad. Esta norma universal: no matarás por pertenecer a la naturaleza humana todos la conocen, y por tanto a todos obliga. En palabras de Juan Pablo II: “estas leyes universales y permanentes corresponden a conocimientos de la

¹³⁰ Pío XII, Discurso al Congreso de la Federación Mundial de las Juventudes Femeninas Católicas: AAS 44 (1952) 413ss. En https://w2.vatican.va/content/pius-xii/es/speeches/1952/documents/hf_p-xii_spe_19520418_soyez-bienvenues.html

¹³¹ *Ibíd.*

razón práctica y se aplican a los actos particulares mediante el juicio de la conciencia. El sujeto que actúa asimila personalmente la verdad contenida en la ley; se apropia y hace suya esta verdad de su ser mediante los actos y las correspondientes virtudes. Los *preceptos negativos* de la ley natural son universalmente válidos: obligan a todos y cada uno, siempre y en toda circunstancia. En efecto, se trata de prohibiciones que vedan una determinada acción «*semper et pro semper*», sin excepciones, porque la elección de ese comportamiento en ningún caso es compatible con la bondad de la voluntad de la persona que actúa, con su vocación a la vida con Dios y a la comunión con el prójimo. Está prohibido a cada uno y siempre infringir preceptos que vinculan a todos y cueste lo que cueste, y dañar en otros y, ante todo, en sí mismos, la dignidad personal y común a todos”¹³².

6.4 El aborto en tres causales.

A la pregunta que hacía el señor Silva Bascuñán: *¿Cómo la colectividad se atreve a autorizar la imposibilidad de existir de una persona que puede ser ocasión de tanto bien para la familia y a la humanidad, aun cuando ella sea el producto de un hecho delictual?* Le podríamos contestar hoy en día que efectivamente se atreve.

En un proyecto de ley ingresado por la Presidenta Michelle Bachelet se quiere despenalizar el aborto en tres causales, a saber:

1º Peligro para la vida de la mujer. Cuando la vida de la mujer embarazada se encuentre en riesgo, una de las tres causales del proyecto de ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo busca permitir que la

¹³² Juan Pablo II, Encíclica *Veritatis Splendor*. Nº 52, año 1993.

mujer tenga acceso a los tratamientos médicos necesarios para preservar su vida, aun cuando la realización de los mismos implique la interrupción del embarazo.

2º Inviabilidad fetal de carácter letal. Esta causal plantea que en los casos en que el embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética de carácter letal, la mujer podrá decidir si interrumpe o no su embarazo. Forzar a la mujer a llevar a término tal embarazo, o bien obligarla a que espere la muerte del feto, supone mantenerla en un permanente estado de duelo.

3º Embarazo por violación. Esta causal establece que se podrá interrumpir el embarazo cuando éste sea resultado de una violación. En estas circunstancias, el proyecto de ley plantea que si la mujer que ha sido embarazada producto de una violación, no quiere seguir adelante con el embarazo, no se le puede exigir que lo continúe. Lo que se propone es que ella tenga la posibilidad de decidir y así impedir una nueva negación de su voluntad.

El proyecto indica que el plazo para la interrupción del embarazo en esta causal es de 12 semanas de gestación. Cuando se trata de menores de 14 años, este plazo se extiende hasta las 14 semanas en consideración de que las niñas y adolescentes demoran más tiempo en saber que están embarazadas¹³³.

Para explicar el alcance de las tres causales en que se permite el aborto queremos traer a colación la exposición de Cristóbal Aguilera, abogado, ante la comisión de salud de la cámara por el proyecto de ley de aborto, el día seis de junio del 2016, por lo actual, y porque estos mismos argumentos fueron escuchados en el senado: “El proyecto le entrega a la mujer la posibilidad de elegir si abortar o no a su hijo que está en el vientre en tres supuestos específicos. En otras palabras: queda en manos de la mujer decidir qué estatuto jurídico se le

¹³³ Las descripciones de las causas están tomadas de la Página del Gobierno: <http://3causales.gob.cl/causales/#causal1>.

aplicará a su hijo en gestación. Esto, no sólo es inconcebible si pensamos en otros derechos que podrían ser vulnerados, como la libertad con la esclavitud, sino que también respecto del mismo niño que está por nacer: (no puede la madre, por ejemplo, tomar cualquier medicamento o consumir cualquier alimento durante el embarazo, sin preocuparte de ninguna manera del feto: debe tomar precauciones). El Estado, en este caso, renuncia a proteger los derechos humanos de todos los individuos de la especie humana. La renuncia se dirige a individuos que se encuentran en ciertas situaciones específicas que, de hecho, no dependen absolutamente de ellos.

El proyecto niega el núcleo del sentido de los derechos humanos, que es el siguiente: frente a un individuo de la especie humana, no tengo otra opción que reconocerle y protegerle su dignidad y derechos humanos. En este caso, en cambio, si el niño se encuentra en ciertas circunstancias, el Estado no le aplica la protección jurídica que le debe, y le entrega a la mujer la libertad de decidir si se le respeta sus derechos humanos o no, es decir, si se le reconoce su personalidad humana o no.

Lo anterior, no solo contraría los derechos humanos del que está por nacer en esas circunstancias, sino que derrumba la noción de derechos humanos. Ya no tendría sentido: si abrimos la posibilidad de que alguien defina quién es y quién no es persona, entonces la aspiración de incondicionalidad que va íntimamente unida a los derechos humanos pierde toda relevancia.

Todavía más, si quienes abogan por el aborto lo hacen señalando que la mujer puede hacerlo porque su vida vale más, también rompen el sentido más íntimo de los derechos humanos: ellos no admiten jerarquías ni excepciones, sino un reconocimiento cabal.

Por lo mismo, aun cuando no se cometa efectivamente el aborto, ya el Estado por el sólo hecho de desproteger al que está por nacer está incumpliendo su labor de proteger los derechos humanos.

Así las cosas, el aborto sería el primer paso para la pérdida de sentido de los derechos humanos. Sería una reclamación sin sentido. Constituirían una retórica atractiva, pero simplemente una retórica. Se convertiría en lo que ya el mismo Marx temió: los derechos de los burgueses; una forma de dominación: la ley del fuerte sobre el débil.

Con todo, este proyecto va más allá. Porque no sólo deja de proteger a los que están por nacer, que en la práctica es dejar de considerarlos persona, sino que también crea el derecho a vulnerar este derecho. Con esto, se reconoce que no hay límite claro en el actuar, que el derecho ya no tiene una demarcación moral: lo bueno y lo malo (el respeto a los derechos humanos); sino física: lo que puedo o no puedo hacer”.

Agregamos, que esto se quiere conseguir con la técnica ya citada de la revista médica de California: *no siendo posible desplazar los aspectos éticos involucrados ha sido necesario separar la idea del aborto de la idea del asesinato*. En este caso en concreto, se quiere hacer ver el aborto como la liberación de la mujer, para que no se encuentre en un “permanente estado de duelo”, o que se busca “impedir una nueva negación de su voluntad”. Con lo que se quita al aborto su fin propio: asesinar a un niño que no ha nacido, y se pone el énfasis en “el bien que se busca para la mujer”, haciendo prevalecer su derecho por sobre el del que está por nacer. En el fondo, se trata de justificar éticamente lo indefendible haciendo parecer bueno lo que evidentemente es aberrante.

CAPITULO 7.- JURISPRUDENCIA SOBRE EL NASCITURUS.

Toca ahora ver jurisprudencia concerniente al *nasciturus*, pues ella siempre se ha entendido como una fuente del Derecho, y por tanto de capital importancia para comprender el real alcance de las normas. Además, considerando que la ley regula casos abstractos y universales, las sentencias de los tribunales de justicia son los que en la práctica hacen tener sentido a la norma, pues ella se debe aplicar a un caso concreto, y con esto no quedar en letra etérea, para así poder resolver las situaciones sociales relevantes en la forma que el legislador pretendió y con ello obtener la paz social añorada.

Por supuesto revisaremos jurisprudencia de los tribunales más importantes de país, pues ellos por su jerárquica, composición y pericia nos pueden iluminar mejor sobre el sentido y alcance de una norma.

En primer lugar revisemos la sentencia del Tribunal Constitucional ante el Requerimiento de inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 48, del Ministerio de Salud, de 26 de enero de 2007, que "Aprueba texto que establece las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad" Acogido parcialmente:

CUADRAGESIMONOVENO: Que, sobre el particular, la doctrina constitucional chilena se ha inclinado mayoritariamente por sostener, a diferencia de lo sustentado por profesores de otras disciplinas del derecho, que la protección constitucional de la persona se inicia desde el momento mismo de la concepción.

QUINCUAGÉSIMO: Que la interpretación que han dado los iuspublicistas al encabezado del artículo 19 de la Constitución, en cuanto asegura a todas las "personas", entre otros, el derecho a la vida, tiene una evidente coincidencia con los antecedentes de orden biológico que se han presentado en estos autos. En efecto, si al momento de la concepción surge un individuo que cuenta con toda la

información genética necesaria para su desarrollo, constituyéndose en un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre –como ha sido afirmado en estos autos-, es posible afirmar que estamos frente a una persona en cuanto sujeto de derecho. La singularidad que posee el embrión, desde la concepción, permite observarlo ya como un ser único e irrepetible que se hace acreedor, desde ese mismo momento, a la protección del derecho y que no podría simplemente ser subsumido en otra entidad, ni menos manipulado, sin afectar la dignidad sustancial de la que ya goza en cuanto persona;

QUINCUAGESIMOSEGUNDO: Que, a su turno, la protección constitucional de la persona a partir del momento de la concepción en Chile se vio plenamente reafirmada al discutirse la reforma al artículo 1º, inciso primero, de la Carta Fundamental, que cambió la expresión “hombres” por “personas” y que se concretó a través de la Ley N° 19.611, publicada en el Diario Oficial de 16 de junio de 1999. Durante el segundo trámite de esa reforma constitucional, verificado en el Senado, se aprobó dejar constancia que: “El nasciturus, desde la concepción, es persona en el sentido constitucional del término, y por ende es titular del derecho a la vida”.

QUINCUAGESIMOTERCERO: Que, en la misma línea argumental, debe recordarse que la Convención Americana de Derechos Humanos –tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente- señala, en su artículo 4.1, que: “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”. De esta manera, este tratado internacional –que forma parte del ordenamiento jurídico chileno- resalta que todo ser humano tiene derecho a la vida sin que nadie pueda privarlo de ella arbitrariamente, lo que permite apreciar una particular coincidencia entre la norma aludida y aquélla que se contiene en el artículo 19, numeral primero, de nuestra Constitución;

QUINCUAGESIMOCUARTO: Que, de esta forma, queda claro que, para el Constituyente –y a diferencia de lo que pueda desprenderse del examen de normas legales determinadas-, el embrión o el *nasciturus* es persona desde el momento de la concepción. Corresponde ahora examinar la protección específica que aquél merece en cuanto titular del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica que se asegura a todas las personas en el artículo 19, N° 1, de la Ley Suprema (...).¹³⁴

Esta sentencia fue pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, don Juan Colombo Campbell, y los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y señor Francisco Fernández Fredes. Y Autorizada por el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.

Hubo una gran discusión en torno al *nasciturus* con ocasión de la legislación de la Píldora del día después, toda vez que esta podía ser abortiva en cuanto acababa con la vida del concebido evitando el proceso de implantación del óvulo fecundado en el útero de la madre, lo que ocurre dentro de unos 5 a 7 días después de la fecundación. Esta cuestión fue resuelta por la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia del 30 de agosto de 2001, rol N° 2.186-2001, que declaró lo siguiente:

En cuanto al fondo: 9º) Que, para los recurrentes, la ilicitud constitucional de la autorización para la fabricación, venta y distribución de la droga Levonorgestrel, radica en que en uno de sus variados efectos, amenaza la vida del

¹³⁴ Tribunal Constitucional. ROL 740-2007, de fecha 18 de abril del 2008.

que está por nacer, y además, amenaza la integridad física y psíquica de las mujeres a quienes se les administraría, pues podría provocarles un aborto.

12º.- Que en oposición, los recurrentes estiman, basados también en evidencias científicas, que el huevo fecundado, que es el embrión, es una célula viva, en la forma original y primera del ser humano, con un material genético único y distinto de sus progenitores destinado, desde ese momento, a dar origen a un ser humano. Afirman que desde el instante en que el óvulo recibe al espermatozoide la totalidad de la información necesaria y suficiente se encuentra reunida en ese huevo y todo está escrito para ser un hombre que nueve meses más tarde podremos identificar plenamente. Después de la fecundación a ese huevo fertilizado no entrará ninguna otra información genética. En aval de su postura, afirman que muchos países consideran en su legislación que el momento de la concepción es el punto de partida desde el cual debe protegerse la vida humana y que desde ese momento merece ser protegido por el ordenamiento jurídico.

14º.- Que en consecuencia, lo que debe resolverse es desde cuando podemos o debemos reconocer legítima y legalmente la existencia del ser humano, o más bien desde cuando corresponde otorgar protección constitucional a la existencia de la vida;

15º.- Que el derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida, no hay derecho. El ser humano tiene derecho a la vida y debe estar protegido contra la agresión que atente contra ella y de exigir, además, de conductas positivas para conservarla;

16º.- Que la garantía del derecho a la vida y la protección del que está por nacer dispuesta por el artículo 19 N°1 de la Constitución Política de 1980, se encuentra reforzada por otras disposiciones constitucionales entre las cuales se

encuentra el N°26 del mismo artículo 19 al disponer la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que los limiten en los casos que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio; y, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, que expresa que es deber de los órganos del Estado, respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la misma y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes;

17°.- Que desde la perspectiva señalada se hace evidente que el que está por nacer "cualquiera que sea la etapa de su desarrollo pre natal- pues la norma constitucional no distingue-, tiene derecho a la vida, es decir, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación;

18°.- Que el artículo 55 del Código Civil dice que son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Si entendemos que la fertilización es, como es, un proceso continuo que no resulta separable en etapas o momentos, debemos concluir que el óvulo fecundado o embrión, es ya un individuo de la especie humana y como tal, digno de protección constitucional y legal para alcanzar su pleno desarrollo hasta que el nacimiento se produzca, conforme a lo que dispone el artículo 74 del mismo cuerpo legal;

19°.- Que además y confirmando lo anteriormente concluido, los artículos 75 y 76 del Código ya citado no dejan duda al respecto al disponer que la protección del que está por nacer comienza en la concepción. El primero de los citados artículos como ya se ha dicho precedentemente, señala que el Juez adoptará las providencias necesarias para proteger la vida del no nacido, y el

segundo de ellos, señala que esta protección debe darse desde la concepción, estableciendo una presunción de derecho para determinar el día u oportunidad en que se produjo, sin hacer ningún otro cálculo ni descontar tiempo alguno, referido a la anidación del producto de la concepción ni a ningún otro fenómeno que pudiere producirse con posterioridad a la fertilización del ovocito por el espermatozoide.

Por estos fundamentos y atendido lo dispuesto en los artículos 1º, 5º inciso segundo, 19 N°1 y 26, 20 y 73 de la Constitución Política; 55, 74, 75 y 76 del Código Civil y artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica y Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de la Excma. Corte Suprema, se revoca la sentencia apelada de veintiocho de mayo del año en curso, escrita de fs.850 y se declara que se acogen los recursos de protección deducidos a fojas 17, 319, 379 y 411, y restableciéndose el imperio del derecho a la vida se declara que se deja sin efecto la Resolución N° 2141 del 21 de marzo del año en curso, del Instituto de Salud Pública que concedió el Registro Sanitario al fármaco denominado "Postinal" y elaborado sobre la base de la droga "Lovonorgestrel"¹³⁵.

Por último, quisiéramos traer a colación un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, pronunciado por la Primera Sala de Verano de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el ministro titular Miguel Vázquez Plaza e integrada por el Ministro Sr. Javier Aníbal Moya Cuadra y la abogada integrante Sra. Paola Herrera Fuenzalida, que resolvía un recurso de Protección interpuesto por la sra. Marilyn Elizabeth Ramírez Mariman debido a que la Isapre Cruz Blanca no quería costear los gastos de una cirugía intrauterina en espina bífida que necesitaba el nasciturus por no encontrarse dicha enfermedad dentro de la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas (CAEC). La corte señala

¹³⁵ Corte Suprema Rol N° 2.186-2001, de 30 de agosto de 2001.

que prevalece la Constitución porque la garantía constitucional del *nasciturus* debe ser una realidad no solo letra.

Noveno: Ahora bien, respecto de la primera negativa, es preciso señalar que el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, le asegura a todas las personas el derecho a la vida, incluyendo expresamente la vida del que está por nacer, lo que implica que esta garantía no sólo contempla la vida como fenómeno opuesto a la muerte, sino que la protección empieza al feto que está en el vientre materno, su nacimiento y desarrollo de vida, con una calidad que comprende la prolongación de ella en la mejor forma posible y que la medicina puede entregar. Y, como lo afirma, la recurrente, ninguna norma legal o contractual tiene preferencia sobre este derecho constitucional, por lo que carece de todo asidero la circunstancia de que el feto no tiene acceso a las garantías explícitas de salud, desde que el DFL N° 22 4, contempla expresamente la Disrafia Espinal con cobertura GES como patología incorporada y, quien la sufre es el feto que está dentro de la madre como un solo todo, por lo que no puede haber diferencia quien es el que requiere una intervención quirúrgica de urgencia para su corrección, de modo que si por los avances de la ciencia médica esa urgencia, puede ser tratada antes del nacimiento, de acuerdo a los reportajes médicos que da cuenta los documentos acompañados por la recurrente, ella necesariamente debe ser cubierta, atento su alto costo, por la institución de salud correspondiente, no obstante que nada se haya dicho sobre su cobertura en el respectivo contrato de salud, pues la omisión debe entenderse no como una exclusión, si no que por falta de tratamiento vigente a la época de dictación del DFL ya citado. Por otro lado, la sola circunstancia de que se carezca de código para incorporar administrativamente la cobertura reclamada, no puede ser obstáculo para que la garantía constitucional pueda ser una realidad.

En mérito de lo razonado y lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre

Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se ACOGE, con costas el recurso de protección deducido en lo principal de foja 6 por Marilyn Elizabeth Ramírez Mariman y Nelson Alejandro Vásquez Córdova y en contra de la Isapre Cruz Blanca, declarándose que la indicada isapre deberá, de inmediato, dar cobertura mediante la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas (CAEC) a la cirugía intrauterina en espina bífida, realizada el 26 de octubre de 2013 en la Clínica Las Condes y los gastos asociados a la intervención; que también se ordena dar la misma cobertura a la atención pre parto (madre e hija) y al parto por cesárea y su recuperación efectuados en la misma Clínica Las Condes¹³⁶.

La sentencia de la Corte de Apelaciones fue confirmada por la Excelentísima Corte Suprema el veintisiete de agosto de dos mil catorce, en sentencia rol N° 17.153-2014.

Con estas sentencias hemos querido complementar, y en cierto modo corroborar, lo afirmado a lo largo de estas páginas respecto el tratamiento como persona que otorgan las leyes de nuestro país al *nasciturus*. Las más altas Cortes han tenido que interpretar la norma, teniéndolo que relacionarlas con tratados internacionales y normas de rangos inferiores, según vayan siendo los requerimientos que se dan en el devenir del tiempo, y ha prevalecido de manera unánime la realidad de que el que está por nacer es persona con derecho constitucional a la vida.

¹³⁶ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 143.161-2013. Fecha 16 de mayo de 2014.

CONCLUSIONES

Llegando al término del periplo que significó estudiar al *nasciturus* en la legislación chilena debemos extraer las conclusiones para ver si podemos responder, aunque sea en parte, las preguntas realizadas al inicio de este trabajo, como:

En primer lugar debemos constatar el hecho de que el *nasciturus* es tratado en distintas normas y de distinto rango. Por tanto, para realizar conclusiones armónicas y coherentes con nuestro marco regulatorio, no basta con mirar y estudiar solo una de las leyes que tratan sobre él, sino que es necesario aplicar una mirada global, al conjunto de normas. Quedarse solo con el análisis de tal o cual norma no nos haría ver el fondo del asunto, corriendo el riesgo de llegar a conclusiones sesgadas, que no reflejen el verdadero sentido de la regulación en torno al que está por nacer, padeciendo a fin de cuentas éste las consecuencias, que derivan en general a negar su condición de persona.

Como segunda gran conclusión podemos afirmar que uno de los más importantes motivos por los que se ha producido la confusión en lo referente a la calidad de persona que posee en *nasciturus* se origina en los textos que a él se refieren en el código civil y la Constitución Política. Contrastados ambos pareciera que uno afirma lo que el otro niega. Este problema, como pudimos apreciar no solo está presente en nuestra legislación, sino también en otras, como por ejemplo en España. La clave para responder a esta contradicción, o solo aparente contradicción por lo que toca a nuestra legislación en nuestra opinión, es constatar que el fin u objeto que persigue cada uno de estos cuerpos legislativos es distinto. Por lo que no se puede esperar del código civil una definición que encierre la visión filosófica, ética y moral que tiene toda una sociedad de la persona, porque su objeto es otro de naturaleza diversa: regular las relaciones patrimoniales de las personas, no el desde cuándo comienzan a serlo. Tan distinto es el enfoque que

tiene de la persona el código civil comparado con la Constitución Política que en Perú, como vimos en su momento, conviven perfectamente la afirmación que se es ser humano desde el momento de la concepción, pero que sin embargo no se es persona desde tal momento. Por lo que, llevadas a sus últimas consecuencias la mirada civilista sobre la persona podemos afirmar que ser un ser humano no es sinónimo de ser persona. Lo que evidentemente tiene cierta lógica en sentido jurídico, pero que no existe otro campo donde pueda afirmarse, ya que cualquiera entiende que por el hecho de pertenecer a la raza humana se es persona.

Como tercera conclusión, la más importante sin duda, es que el *nasciturus* es persona. Una mirada de conjunto de nuestro ordenamiento jurídico así lo ratifica. También lo ratifica la historia fidedigna de la ley, toda vez que eso es lo que quisieron significar los constituyentes al incluir al que está por nacer en la garantía constitucional del artículo 19 N° 1, como quedó claro en los pasajes que se transcribieron sus apreciaciones.

Y que esta aseveración, defendida por el constituyente, tiene asidero no solo en creencias o en algún criterio antojadizo, sino que la evidencia científica, y las conclusiones filosóficas así lo demuestran. Para el primero, la persona comienza a existir desde la unión del espermatozoide con el óvulo, es decir, desde la concepción entendida como fecundación. La implantación es un hecho posterior, parte del ininterrumpido proceso homogéneo de desarrollo, y que en ningún caso significa el inicio de la vida humana, porque las circunstancias – anidarse adecuadamente en el útero de la madre- no puede confundirse con la persona en sí. Y para el segundo, es evidente que por la generación se transmite la naturaleza, de manera tal que no puede lo engendrado en algún momento no ser de la misma naturaleza del que lo engendró. Es decir, los humanos engendran seres humanos. Y este ser humano por ser tal es persona, es decir: substancia individual de naturaleza racional.

Finalmente diremos, que los más importantes tribunales de nuestro país están contestes en su jurisprudencia sobre el hecho de que el *nasciturus* es persona desde la concepción, y que como tal el ordenamiento jurídico debe velar por su vida y protección. No pudiendo por lo mismo atentar contra él ni la madre, ni terceros, ni el propio Estado mediante leyes que buscan acabar con su vida.

De este modo, pensamos que hemos podido contestar, aunque sea someramente, las grandes interrogantes que plantea el que está por nacer, y que su importancia sobrepasa el mero ámbito jurídico. Porque en las preguntas ¿el que está por nacer es persona? ¿Desde cuándo? Una nación se juega algo mucho más grave que el riesgo de dar o no una respuesta jurídica adecuada. Una nación se juega en la respuesta a estas preguntas su propia identidad, su calidad y su futuro, porque ¿Qué clase de país sería uno que no es capaz de reconocer en el ser más débil e indefenso que pueda existir la calidad de persona y hermano? Sin duda uno que desdibujó su faz por no cumplir con el deber de resguardar la vida del más pequeño de sus habitantes, y que por lo mismo posee en sí un elemento de desintegración, pues no puede mantenerse unido un país que no cuida a uno de su propia especie.

Si para el que está por nacer las entrañas de su propia madre dejan de ser un lugar seguro y tranquilo, es porque nuestras erróneas ideas ya no respetan el lugar más sagrado y sencillo donde se forja cualquier vida humana. Las ideologías aplastan la realidad y el sentido común. Solo de esta manera una nación puede justificar mediante el derecho una de las crueldades más grandes que nunca se hayan visto en la historia.

BIBLIOGRAFÍA.

AQUINO, Tomás. Suma de Teología II-II. España. Biblioteca de Autores Cristianos, 1990. 640 p.

BIBLIOTECA Nacional de Chile. Memoria chilena. La abolición de la esclavitud negra en Chile. [Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2016]. Disponible en: <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-95115.html>

APONTE NÚÑEZ, Emercio. El derecho a la vida del no nacido y el caso de Artavia Murillo & otros v. Costa Rica. En Estudios de Derechos Fundamentales, experiencia chilena e internacional. Cuadernos de Derecho Público Ediciones Finis Terrae, 1 (1), 53-84, 2015.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo. Derecho a la vida del nasciturus en España. Revista Ius et Praxis de la Universidad de Talca, 6 (2): 11-28, 2000.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. La licitud del aborto consentido en el derecho chileno. Revista Derecho y humanidades, (10): 143-181, 2004.

CALVO MEIJIDE, Alberto. El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista. Cuaderno Bioética, 2004/2ª: 283-298, 2004.

CEA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Santiago de Chile. Ediciones UC, 2002. 580 p.

CÓDIGO CIVIL DE CHILE. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2016. 1164 p.

CÓDIGO PENAL DE CHILE. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2016. 144 p.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE CHILE. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2009. 512 p.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2016. 1048 p.

CORRAL TALCIANI, Hernán. El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida. Revista Ius et Praxis de la Universidad de Talca, 11 (1): 37-53, 2005.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. La protección del nasciturus y su proyección en la jurisprudencia civil actual. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, (726): 2217-2226, 2010.

DIEZ URZÚA, Sergio. Personas y valores, su protección Constitucional. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1999. 411 p.

DIRECCIÓN del trabajo. Protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar. [Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2016]. Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/w3-propertyvalue-22073.html>

DOYHARCABAL CASSE, Solange. El derecho a la vida del nasciturus en la legislación chilena y comparada. Revista Chilena de Derecho. 21 (2): 307-319, 1994.

GENOCIDIO en el siglo XXI, reflexiones en torno al aborto. Santiago de Chile. Editorial Cordis Iesu, 2015. 150 p.

HENRÍQUEZ HERRERA, Ian. La regla de la ventaja para el concebido y el aforismo infans conceptus pro iam nato habetur en el derecho civil chileno.

Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
(XXVII): 87-113, 2006.

HENRÍQUEZ HERRERA, Ian. La regla de la ventaja para el concebido en el derecho civil chileno. Santiago de Chile. Thomson Reuters, 2011. 316 p.

JÉROME, Lejeune, Una reflexión ética sobre la medicina prenatal, en Manual de Bioética General. España. Rialp, 1993. 490 p.

JUAN PABLO II. Evangelium Vitae. México: San Pablo, 1995. 200 p.

MAYER LUX, Laura. La vida del que está por nacer como objeto de protección legal. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar, (5): 63-80, 2011.

PATTEN, Bradley. Embriología Básica de Patten. 5ª.ed. México: Bruce M. Carlson, Interamericana Mc Graw Hill 1990, Nueva Editorial Interamericana S.A. de C.V., 1990. 430 p.

POLAINO-LORENTE, Aquilino. Manual de Bioética Genera. España: Rialp, 1997. 496 p.

PONTIFICIA Academia para la vida. Comentario Interdisciplinar a la Evangelium Vitae. España: Biblioteca de Autores Cristianos, 1996. 805 p.

REAL Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. [Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2016]. Disponible en:

<http://dle.rae.es/?w=diccionario>

SPAEMANN, Robert. Personas. Acerca de la distinción entre algo y alguien. España. Eunsa, 2000. 244 p.

TRES CAUSALES. #yoapoyo3causales. [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://3causales.gob.cl/causales/#causal1>

UGARTE GODOY, José Joaquín. Curso de filosofía del Derecho. Santiago de Chile. Ediciones UC, 2010. 736 p.

VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, Curso de Derecho Constitucional. Santiago de Chile. Ediciones UC, 2006. 572 p.

VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. Disposición sobre la vida humana y principios constitucionales: análisis del caso chileno. Tesis Doctoral presentada en Departamento de Derecho público especial Universidad de la Coruña, 2013. 544 p.