

EL SER HUMANO COMO SUJETO DE DERECHOS DESDE EL MOMENTO DE LA CONCEPCION

Solange Doyharçabal Casse

Profesora de Derecho Civil

A mediados del siglo pasado un jurista originario del Brasil, Freitas, publicó un esbozo de código civil para su país, en el cual argumentaba que los que van a nacer no son personas futuras porque realmente existen y "...sin embargo de que no hayan nacido aún, viven ya en el seno materno. -in útero sunt-".¹

Vélez Sarsfield, redactor del Código Civil argentino se inspiró en este esbozo y como consecuencia de esta influencia, la legislación argentina reconoció la personalidad del *nasciturus* declarando que su existencia comienza con la concepción y que puede adquirir algunos derechos antes de su nacimiento. (arts.63 y 70). Lamentablemente Vélez no fue enteramente consecuente con el principio que adoptó, porque limitó en demasía los derechos que le son asequibles, nególe la repre-

sentación legal y dispuso que si no llegaba a nacer con vida se entendería no haber existido jamás, con lo cual aniquilaba la personalidad que con tanto calor había defendido antes. Sin embargo, a pesar de sus bemoles, el mérito de este código es enorme frente a la mayoría de los códigos civiles que consagran la tradición romanista estatuyendo que la personalidad se adquiere al momento del nacimiento, criterio que siguieron tanto aquellos que sirvieron de antecedente a nuestro código civil (de Prusia, Luisiana, Austria y Francia), como los que vinieron después. Siguiendo a Roma, reputaron nacido al *nasciturus* para lo que le significara un beneficio, y de esta manera reservar y garantizar los derechos que le esperan cuando nazca, aunque se aprecia en este punto un matiz de diferencia entre ellos, que permite clasificarlos en dos

1. Al tratar la existencia visible de las personas incluyó un punto 1º, que denominó: "De la existencia antes del nacimiento".

en dos grupos:

El primero incluye legislaciones de corte más amplio en que ese principio adquiere un valor general aplicable a los casos que no están expresamente contemplados. Así sucede con los códigos civiles de Austria (art. 22), México (art. 22), Venezuela (art. 17), Perú (art. 1), Alemania (arts. 1, 19, 23, 2043), Francia (arts. 725 y 906), España (art. 29), Brasil (art. 4).

En el segundo grupo, caben en cambio, códigos como el de Italia (art. 1) en que el mencionado principio rige solamente para los casos que la ley prevé.

Puesto que la tradición romanista se ha continuado a lo largo de los siglos, se hace necesario dar una visión somera de lo que fue el ordenamiento jurídico romano en este aspecto.

El nasciturus en el Derecho Romano.

Hay que decir que entre los juriconsultos romanos no había acuerdo unánime en cuanto a la consideración del *nasciturus*. Para Papiniano y Ulpiano, mientras estaba en el vientre materno no era

todavía criatura humana porque le faltaba existencia propia. Era sólo una esperanza de vida y formaba parte de las entrañas de la madre, pero, en consideración a la vida que un día había de gozar se le protegía castigando el aborto, ordenando la extracción del feto después de la muerte de la madre y difiriendo el suplicio o tormento de la mujer hasta después del parto.

Salvio Juliano, con una mentalidad más amplia, lo asemejaba al niño nacido, al infante, para los efectos de la capacidad jurídica que, en cuanto fuera útil para el que estaba por nacer, y solamente en cuanto le fuera útil, se debía considerar desde la concepción. Ambos criterios encuentran cabida en el Digesto², pero prevaleció en la jurisprudencia romana el criterio de Juliano, resumido en la máxima: *infans conceptus pro natur habetur quoties de commodis ajus agitur* (el niño concebido se tiene por nacido en tanto se trate de su conveniencia), algunas de cuyas aplicaciones fueron las siguientes:

Los hijos procreados en justa nupcia seguían la condición del padre al momento de la concepción. Luego, si en ese momento el padre era ciudadano, el hijo

2. L.26 de Statu Hom. -I,5-: Qui in toto pene jure civile intelligentur in renun natura esse; Quod dicitur, eum, qui nasci speratur, prosuperstite esse tunc verum est, cum de ipssius jure quoque situs: alius autem non prodest nisi natus.

L.9, l.ad. L.Fac.; partus nondum aditus homo non recte fuisse dicitur. L.I,I, De Inspec.Ventre: partus enim antquam edatur, mulieris portio est, vel viscerum.

nacía ciudadano y bajo la patria potestad del pater.

El hijo de un senador gozaba de todos los privilegios de tal, aunque durante la gestación muriera el padre o perdiera su dignidad.

El procreado fuera de justa nupcia, seguía la condición de la madre al momento del parto, pero en favor de la libertad se estableció desde antiguo que el hijo de la esclava nacía libre si la madre lo era al momento de la concepción o lo había sido en algún momento entre la concepción y el parto.

Si durante la gestación se abría un derecho patrimonial a que el niño sería llamado si hubiere nacido y viviese, se le reservaba hasta el nacimiento. Para el caso del póstumo el pretor creó la *bonorum possessio ventris nomine* que permitía tomar de los bienes de la herencia, sin cargo de restituir, lo necesario para la manutención de la madre como necesario también para el hijo y dispuso el nombramiento de un curador al vientre y a los bienes. Mediante

decreto el pretor embargaba los bienes de la herencia, suspendiéndose el juicio hereditario, hasta el momento en que sobrevenia el parto.

Pensamiento de Savigny.

Entre los romanistas que influyeron en don Andrés Bello, Savigny ocupa un lugar destacado³.

Se inclinó decididamente por el criterio de Papiniano, de considerar al *nasciturus* como parte de las entrañas maternas, porque "expresaba la realidad de las cosas en un momento presente y rechazó la máxima inspirada en Juliano de tenerlo por nacido en lo que le favorece, descartándola como "una simple ficción que no puede aplicarse sino a un cierto número de hechos especialmente determinados y en muy estrecho límite". De aquí que la personalidad, llamada por él "capacidad natural" "comienza en el instante en que el nacimiento se verifica" y no antes. El *nasciturus* carece

3. En la biblioteca de Bello se encontraban los siguientes libros de Savigny en versión francesa: *Traité de la Droit Romain. Traduit de l'allemand par Ch. Guenoux* (Paris, Firmin Didot frère 1840) 8 Vol.; *Histoire du Droit Romain au moyen âge. Traduit de l'allemand sur la dernière édition et précédée d'une notice sur la vie et les écrits de l'auteur par M. Charles Guenoux* (Charles Stungrays éditeur E.B. Delanchy. 1839).-3, vol; *Traité de la Possession en Droit Romain, traduit de l'allemand sur la dernière édition par Ch. Favier d'Audelange* (Paris, 1845), 1 vol.

Ningún autor duda de la influencia de Savigny en el tratamiento de las personas jurídicas que hizo Andrés Bello, pero también aparece evidente en el tratamiento de las personas naturales. Ver Hugo Hanisch Espíndola: *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano*. Ed. del Consejo de Rectores de las Universidades chilenas. Santiago 1983.

de personalidad "porque ni puede regir relaciones de propiedad, contraer deudas, ni tener créditos; no es persona cuya representación sea necesaria o posible. La ficción de reputarlo o asimilarlo al nacido no tiene más objetivo que ocuparse de la vida futura del infante..." bajo un doble aspecto, protegerlo por medio de la sanción de las leyes y marcar los derechos posibles que vienen unidos al nacimiento."

Para Savigny, el *nasciturus* no puede ser persona porque no tiene existencia actual y si no existe no puede tener derechos. Por eso al decir "posibles" se está refiriendo a derechos futuros que sólo se harán actuales al momento de nacer con vida y en el intertanto la ley los garantiza, pero esta garantía, en virtud de la ficción "que a él sólo aprovecha" se aplica únicamente en lo referente "al estado de aquel y a las sucesiones."

Su pensamiento es claro. El derecho protege a quien todavía no es, en atención a la eventualidad de la existencia que comenzará con el nacimiento y es esa "vida futura" la que merece que el legislador disponga la reserva de los derechos, castigue el aborto y ordene las medidas de policía necesarias para salvar a la criatura.⁴

Tratamiento que da al nasciturus el Código Civil Chileno.

Para entender la condición del *nasciturus* en nuestro ordenamiento civil hay que relacionar cerca de veinte artículos fundamentales, entre los cuales se cuentan los siguientes: El 55 que dispone quiénes son personas; los que llevan los números 74 al 77 relativos al principio de la existencia de las personas; 179 y 180 sobre los hijos legítimos concebidos en matrimonio; 199, relativo al hijo póstumo; 240 y siguientes que tratan la patria potestad; 343, 356, 358, 359, 538 sobre curaduría de bienes; 962 y 1390 que dicen relación con la capacidad para heredar y para aceptar donaciones respectivamente.

Persona y Existencia.

El artículo 55 dispone que son personas "todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición. "Este artículo hay que relacionarlo con el 74 inciso primero que dice: "La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre. "Luego, para ser persona es preciso haber nacido porque para Bello se es

4. Savigny: *Sistema del derecho romano actual*. Trad. Jacinto Mesia y Manuel Poley, t.I, págs. 278 a 281. Madrid año 1878.

individuo solamente después de la completa separación del vientre materno.

De aquí que para referirse al *nasciturus* emplee una fórmula ambigua: el que está por nacer o la *criatura que está en el vientre materno*. Pero resulta que jurídicamente, las criaturas tienen dos alternativas: son sujetos o bien son objetos de derecho, y aquí se produce un vacío porque es imposible considerarlo como objeto y la ley le niega expresamente la condición de sujeto.

El artículo 75 dice:

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

"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."

En los dos anteproyectos que sirvieron de base al proyecto de

finitivo que se convirtió en ley, el artículo en estudio llevaba el número 77 y su redacción nunca se discutió ni modificó. El inciso segundo reconoce como fuentes dos leyes de Partidas, la ley III de la Partida IV y la ley XI de la Partida VII⁵. En cuanto al inciso primero, es muy probable que alguna inspiración tenga en los códigos de Austria y de Prusia. El artículo 22 del primero es del siguiente tenor: "Los hijos que aún no han nacido tienen derecho a la protección de las leyes, desde el momento de su concepción. Son considerados como nacidos toda vez que se trate de sus derechos y no de un tercero". El de Prusia, por su parte, establecía en su artículo 10, primera parte, Título I: "Los derechos comunes a la humanidad pertenecen a los hijos que no son aún nacidos, a contar desde el momento de su concepción".

Ambos códigos citados, desplazan la personalidad del *nasciturus* al momento del nacimiento, pero aún así se refieren a los derechos del que no ha nacido. Don Andrés Bello emplea una redacción muy distinta. Nunca dice que tenga derecho a la vida sino que "la ley protege la vida del

5. La ley III de la Partida IV disponía que la criatura en gestación debía considerarse nacida respecto de "toda cosa que haga o se diga, a pro della" y que si la mujer embarazada hubiese cometido un acto que mereciera pena de muerte "la criatura que naciere della debe ser libre de pena. E por ende deben guardar la madre hasta que para".

La ley XI de la Partida VII ubicada en el título de las penas repite la idea anterior: "Si alguna mujer preñada fiziera por que deve morir, que la non deven matar fasta que sea parida. Ca si el fijo, que es nacido, non deve rescebir pena por el yerro del padre, mucho menos la meresce el que está en el vientre, por el yerro de su madre".

que está por nacer. "La ley, o sea la sociedad brinda gratuitamente protección a alguien que no es persona pero que está llamada a serlo si nace y adquiere "la vida de que se espera ha de gozar" que es la existencia legal que le interesa al derecho y que principia con el nacimiento.

Indudablemente, tenía presente que el niño vive en el vientre materno, pero estimaba fundamental que su vida estuviera ligada a la de la madre. La doctrina acuñó más tarde la expresión "existencia natural" para referirse a esta etapa de desarrollo, pero el Código no la empleó nunca en ese sentido. Muy por el contrario, la utilizó como sinónimo de existencia legal. Así el artículo 962 dijo que para ser capaz de suceder era necesario existir natural y civilmente al tiempo de abrirse la sucesión y en el 1390 repitió lo mismo a propósito de la donación.

Sería tentador pensar que estaba reconociendo capacidad adquisitiva al concebido, pero no fue así porque la está oponiendo a existencia civil que era la que tenían todas las personas salvo aquellas que por sus votos solemnes religiosos habían caído en muerte civil que terminaba la personalidad en lo relativo al derecho de propiedad y esto es tan evidente que ambas menciones desaparecieron del articulado cuando se derogó la muerte civil por ley 7.612 de 1943, de tal manera

que hoy se dice que es preciso "existir al tiempo de abrirse la sucesión" y "no puede hacerse una donación entre vivos a persona que no existe en el momento de la donación".

El desarrollo durante la gestación no es considerado verdadera existencia. Bello, en los "Principios del Derecho Romano según el orden de las Instituciones de Justiniano", versión libre de un texto de Heinecio que no es propiamente una traducción ni tampoco una obra original, sigue en este punto a Savigny, palabra por palabra. Así habla de capacidad natural cuando quiere referirse a la personalidad y acepta que la existencia anterior al nacimiento es una ficción. Cito textualmente: "La capacidad natural principia con el nacimiento completo, pero antes del nacimiento transcurre un tiempo en que el niño vive ya, aunque su vida está ligada a la de la madre. Hay textos que dicen formalmente que durante la gestación el niño no tiene existencia propia, y debe considerarse como una parte de la madre (l.9 # 1 ad. leg. Falcid, l.1 # 1 de inspic. ventre); otros textos lo asemejan al niño nacido (l.26 de statu hom., l.231 de V.S.); de donde el principio moderno *Nasciturus habetur pro nato*. Este segundo concepto es una ficción que se aplica dentro de límites estrechos específicamente determinados". Más adelante agrega: "Pero en considera-

ción a la vida de que se espera ha de gozar, se le protege..."⁶.

Cierto es que el artículo 75 no dice expresamente que se trate de una ficción, pero la doctrina que, sin duda arranca de Bello, ancló hasta el día de hoy en el error. Así don Luis Claro Solar⁷ se expresa en los siguientes términos: "La existencia anterior al nacimiento es una mera ficción subordinada exclusivamente al hecho de la verdadera existencia". Más adelante lo reitera: "Esta ficción basta para el propósito del legislador."

Si la existencia comienza al nacer, mientras esto no ocurre no hay existencia. No es razonable entonces que para el caso que la criatura muera en el vientre materno se empleen las expresiones: "se reputará no haber existido jamás" y "como si la criatura no hubiese jamás existido" porque ambas aluden también a una ficción. O sea, primero se le niega la existencia y se finge que la tiene, pero si muere, al legislador le resulta tan evidente que existió que tiene que fingir que no fue así. Los autores no parecen advertir que ambas ficciones se contradicen absolutamente y menos advierten que se contradicen a sí mismos en sus escritos.

Don Luis Claro Solar, después de declarar enfáticamente que la existencia del nasciturus es una ficción agrega unos párrafos después que los derechos deferidos a la criatura que está en el vientre materno (art.77) requieren "la existencia actual de la persona en el momento en que son deferidos y no se refieren a personas futuras que al tiempo de la delación no existen pero se espera que existan"⁸. Si la existencia es actual, ¿cómo puede ser ficticia al mismo tiempo?

Don Manuel Somarriva también se confunde con el lenguaje. Dice: "La existencia natural de una persona comienza con la concepción. A partir de ese momento ya puede ser titular de derechos," (más que discutible en el ordenamiento actual) "pero estos derechos mientras la criatura está en el vientre materno quedan en suspenso hasta que el nacimiento se efectúe y si éste constituye un principio de vida se consolidan definitivamente". Si lo interpretamos literalmente, la vida misma principia al nacer. Quiso referirse al principio de existencia (legal) al tenor del código.

Es de justicia reconocer que desde el punto de vista moral el artículo 75 es inatacable y am-

6. Bello, Andrés. *Derecho Romano. Obras completas*, tomo XIV. Caracas, Venezuela, 1959, págs. 317 y 318.

7. Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Vol. I. De las personas. Ed. Jurídica de Chile, 1978, págs. 222 y 223.

8. Ver cita anterior.

paró la vida del *nasciturus* en la forma más amplia posible pero, jurídicamente, queda protegido como resultado de una concesión y no por tener derecho a ello.

Si civilmente no es persona, penalmente tampoco puede serlo y, en consecuencia, el delito de aborto está incluido entre aquellos que atentan contra el orden de las familias y no entre los que atentan contra las personas, lo que es absurdo porque el bien jurídico protegido es o debe ser la vida, tal como sucede en el infanticidio y en el homicidio.

Derechos deferidos al que está por nacer.

El artículo 77 dice:

"Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 74, inciso segundo, pasarán estos derechos a otras personas, como

si la criatura no hubiese jamás existido."

Este artículo hay que concordarlo con el 199, que agrega:

"La madre tendrá derecho para que de los bienes que han de corresponder al póstumo, si nace vivo y en el tiempo debido, se le asigne lo necesario para su subsistencia y para el parto; y aunque el hijo no nazca vivo, o resulte no haber habido preñez, no será obligada a restituir lo que se le hubiere asignado; a menos de probarse que ha procedido de mala fe, pretendiéndose embarazada, o que el hijo es ilegítimo."

En sus notas, Bello se refiere a las leyes romanas que le sirvieron de antecedente a este artículo: l.26 de statu hom.l.3 si pars. her. l.7. pr. de rebus deb. l.36 de solutione, todas las cuales reproducen el principio de que al que está en el vientre se le mira como nacido para todo lo que lo favorece⁹.

Veamos como don Andrés Bello explica esta situación en las Instituciones: "Carece de toda capacidad, puesto que no puede tener propiedad, ni créditos, ni deudas; no se le da tutor; no se llama

9. Ley 26, lib.I, tit.5 de statu hom. Los que están en el vientre, en casi todo el derecho se tienen por nacidos. Porque a éstos se les restituyen las herencias legítimas.

D. Ley 7 del mismo título. El que está en el vientre se mira como ya nacido siempre que se trate de las cosas que le son favorables.

D.L. 231, lib. 50, tit. 16 de verborum sig. Lo que decimos que el que se espera que nazca se tiene por nacido, es cierto en tanto cuanto se trata de su propio derecho...

pupilo. Pero en consideración a la vida de que se espera ha de gozar, se le protege... y relativamente a los derechos futuros del niño se prescriben las reglas siguientes: ...Si durante la preñez se abre un derecho a que el niño sería llamado si hubiese nacido y viviese, se le reserva hasta su nacimiento; (l.26. de statu hom.; l.3 si pars her., l.7 pr. de rebus dub.; l.36 de solutione)."

"El pretor instituyó a este efecto una *bonorum possessio ventris nomine*, que permite tomar en los bienes de la sucesión, sin cargo de restitución, las cosas necesarias a la manutención de la madre, como indispensable a la del hijo; y manda se nombre curador al vientre y a los bienes (tit. de ventre in possess. mitt., l.20 de tutor. et cur.)".¹⁰

Dentro de este esquema, tomado de Roma, el lenguaje de Bello es clarísimo. No habla de los derechos que se defieren al *nasciturus* sino que emplea el condicional: "que se deferirían" si hubiese nacido y viviese lo que significa que sólo son posibles, futuros. No pueden ser actuales porque el concebido por no ser persona no es sujeto de derecho y carece de capacidad de goce. Por esa razón está suspendida su adquisición, esperando el desenlace. Si nace con vida adquiere la personalidad que lo hace ca-

paz de adquirir el derecho. Si muere antes o al nacer, lo adquieren directamente otras personas.

En lo que se refiere a la capacidad para suceder y para recibir donaciones, los artículos 962 y 1390 exigen existencia legal. Estos preceptos llevaron primitivamente los números 8 del Título primero: Reglas generales sobre sucesión por causa de muerte y 3 del Título primero De los Contratos y Obligaciones Condicionales en el Proyecto de 1841 y los números 8 y 209 del Proyecto de 1846. Estas versiones incluyen un inciso que dice que se entiende existir aun el que sólo está concebido, con tal que sobreviva a su nacimiento veinticuatro horas a lo menos.

Esta norma no pasó a la versión definitiva y en realidad no tenía sentido mantenerla, ya que la regla está dada en el artículo 77. La doctrina acepta la capacidad sucesoria del concebido, pero el texto legal es claro. Para suceder hay que tener existencia legal. Otra cosa es que los derechos queden en suspenso y en reserva.

Lo que la doctrina no ha podido aclarar hasta hoy, es la naturaleza jurídica de estos derechos mientras están suspensos.

10. Ver nota (6).

Para algunos (Claro Solar, Alessandri, Pescio) son derechos sujetos a condición suspensiva de que la criatura nazca viva. Esta explicación falla porque los derechos condicionales requieren un sujeto que aquí no existe.

Para otros, (Galecio) son derechos eventuales, es decir han nacido de un acto que tiene ya alguno de sus elementos, pero al que falta uno esencial para que constituya un acto puro y simple. La eventualidad, claro está, sería el nacimiento con vida. Esta teoría falla por la misma razón que la anterior. No hay sujeto del derecho y, además, porque normalmente un derecho eventual no es retroactivo, mientras que en este caso el recién nacido entra en el goce de dichos derechos "como si hubiera existido al tiempo en que se defirieron". Como el propio código llama a estos derechos "eventuales" parecería fácil inclinarse por esta posición, pero no hay que engañarse, el sentido de eventual para el código no puede ser otro que el de posible.

No faltan quienes dicen que son derechos de naturaleza especial, lo que no aclara nada, o bien se inclinan por aceptar que se trata de una figura distinta en que un bien está vinculado a un titular futuro y mientras éste no nazca, no pertenece a nadie.

¿Quién vela por estos derechos?

Es tan evidente que el concebido

no es sujeto de derechos que los llamados "eventuales" del que está por nacer quedan bajo el amparo de un curador de bienes (artículo 343), caso en el que no existiera padre legítimo para velar por ellos. El artículo 356 permitió al padre legítimo nombrar un curador testamentario para estos derechos, permitiéndole también el artículo 354 designar un tutor para el niño por si nace vivo, pudiendo ejercer dichos derechos la madre a falta de padre.

Como el artículo 357 dispuso que carecería de estas facultades conferidas por los artículos precedentes, el padre privado de la patria potestad, a contrario sensu se entendió que le correspondía velar por los derechos eventuales del hijo por nacer, en ejercicio de la patria potestad. Esa era la conclusión más razonable, pero se presentaron problemas cuando la patria potestad se extendió a la madre. ¿Se entendía también que ella velaría por los derechos eventuales, o debía nombrarse un curador? La solución la dio la ley 10.271 de 2 de abril de 1952 que intercaló un inciso segundo en el artículo 240 aclarando: "La patria potestad se ejercerá también respecto de los derechos eventuales del hijo que está en el vientre y que, si naciere vivo, se presumiría legítimo."

La patria potestad otorga tres facultades a su titular, la representación del hijo, la administración de sus bienes y el usufructo de los mismos. Ahora bien,

la doctrina le ha negado en este caso el usufructo, argumentando que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y la atribución de lo principal está suspendida. El titular de la patria potestad tiene el usufructo legal de los bienes que pertenecen al hijo pero aquí todavía no le pertenecen porque no ha nacido. Deberá, por lo tanto conservarlos. Si el nacimiento constituye un principio de existencia legal el hijo adquiere los bienes y el padre o madre, los frutos, con efecto retroactivo. *Si muere antes de nacer o no sobrevive a la separación de la madre, un instante siquiera, debe restituir a quien corresponda tanto los bienes como los frutos.*

De lo anterior resulta que la patria potestad no opera como tal porque de las tres facultades que otorga, sólo procedería una: la administración de los bienes. No tendría el usufructo y tampoco la representación porque ésta procede respecto de las personas y legalmente no hay persona a quien representar. Tan es así que a falta de padre o madre que ejerza la patria potestad no se nombra tutor sino curador y el código en dos artículos bien diferenciados permite nombrar tutor "para en caso que nazca vivo" y curador "para los derechos eventuales del hijo que está por nacer". El sistema romano en su plenitud.

Del análisis de todas las disposiciones mencionadas se concluye que el ser humano que aún no

ha nacido no es persona, no es sujeto de derechos humanos ni patrimoniales y en este sentido no tiene capacidad adquisitiva ni sucesoria. La ley lo protege, sin embargo, en lo que dice relación con su vida y con sus futuros derechos atendiendo a la existencia que adquirirá al nacer, la verdadera existencia, en opinión del legislador, quien la llama existencia legal.

Protección que brinda el Código Civil al nasciturus.

El artículo 75 concede acción popular para que cualquiera pueda recurrir al juez, a fin de salvaguardar la vida del que está por nacer, aunque insistimos: como una concesión y no como un derecho, más ¿qué sucede con el ser humano in vitro? El artículo habla del que está "por nacer" lo que puede ser altamente improbable en el caso del que se encuentra en una probeta. Por lo demás, el inciso segundo se refiere a que se suspenderán los castigos a la madre, lo que presupone un embarazo.

Para determinar el sentido de la ley, el intérprete puede buscar su interpretación o espíritu en la historia fidedigna de su establecimiento para descubrir su intención o espíritu objetivo, pero este elemento de interpretación ha sido orientado en gran medida, entre nosotros, hacia la determinación de la supuesta voluntad del legislador y por razones ob-

vias no pudo ser la voluntad de Andrés Bello proteger al embrión in vitro.

Esta manera de entender la interpretación histórica ha sido criticada por los autores, porque "sería absurdo pretender, en el transcurso del tiempo encontrar una supuesta voluntad del legislador cuando se trata de aplicarla a casos futuros que en su contexto, en sus características, en sus circunstancias fueron imprevistas".

En lo que se refiere al elemento gramatical, lo que interesa es la claridad del alcance jurídico de la norma que no consiste en entender las leyes, retener sus palabras, sino en comprender sus fines y efectos. ¿Es claro que el alcance jurídico del artículo 75 es proteger al ser humano en todas las fases de su desarrollo embrionario y en cualquiera circunstancia?

En modo alguno. Habrá pues, que analizar el tenor de las palabras. La expresión "por nacer" podría considerarse inaplicable al embrión de probeta porque si no se implanta y se congela es posible que no nazca nunca, pero el mismo artículo emplea otra expresión mucho más feliz desde este punto de vista que es "el no nacido", calidad que nadie puede negarle al embrión. Sin embargo, de acuerdo a las reglas de hermenéutica, el sentido de la ley no puede indagarse aislando una disposición de otra, ni un inciso de un mismo artículo de otros, ni

mucho menos, tratándose de una sola regla, separando una frase de las otras". (R.D.: J.T.61. sec.2. a.p. 24). Hay jurisprudencia en este sentido. Eso significa que la expresión "no nacido", más favorable, no puede aislarse de la expresión "por nacer", ni el inciso primero del segundo que se refiere expresamente a una criatura en el vientre materno.

El artículo 24 del Código Civil señala que cuando no se pudieran aplicar las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. La razón o una de las razones en que se basa el principio de equidad que debe servir de fundamento a un fallo puede ser la analogía y nuestros tribunales han aceptado la aplicación analógica al decir, por ejemplo, que un precepto debe aplicarse aún a los casos no contemplados por el legislador cuando existen razones aún más poderosas que las que determinaron su establecimiento en un caso especial.

Queda, por lo tanto, la duda y correspondería decidir al juez, pudiendo perfectamente optar por el rechazo de la solicitud presentada en resguardo de un embrión in vitro.

Insuficiencia de esta protección.

Acabamos de ver que el embrión en probeta no queda amparado expresamente por la ley y si bien el embrión, "in útero", lo está, esa protección graciosa y gratuita durará mientras permanezca la buena voluntad del legislador, quien en cualquier momento podría retirar lo que benevolamente otorgó.

Penalmente, la situación es clara. El aborto sólo procede si la criatura está in útero. La destrucción de embriones in vitro, no entra en la descripción de ningún tipo.

Se objeta que atribuir personalidad al no nacido es inútil porque a lo largo de los siglos su protección se ha asegurado de acuerdo a la tradición romanista, sin que sea necesario para obtener ese objetivo, alterar el concepto de persona que exige una vida autónoma como supuesto indispensable de la personalidad. Pero, hoy en día, el asunto se ha tornado más complejo desde que el avance de la ciencia ha hecho posible iniciar y desarrollar la vida humana fuera del vientre materno, lo que igualmente facilita la manipulación y eliminación de la vida en el laboratorio.

Esto, sumado a la liberalización y legalización del aborto en países que a lo largo de su historia habían defendido los valores cristianos, está evidenciando la negación y el desconocimiento profundo de la dignidad humana.

Hoy se niega al hombre la condición de persona porque no ha alcanzado un determinado desarrollo. Mañana podría negársele, porque a pesar de haber nacido con vida, no evolucionó en sus facultades o presenta defectos físicos. Hay que valorizar al ser humano en su verdadera dimensión para defenderlo adecuadamente y desde el punto de vista de la ley, esta valorización debe iniciarse con el reconocimiento de la personalidad desde que es concebido.

La ley no cambia la sociedad por el sólo hecho de dictarse. Una ley perfecta no convierte por su sólo mérito a un grupo humano en perfecto, pero no puede desconocerse su fuerza coercitiva y pedagógica. Muchos médicos norteamericanos y europeos no practicaron abortos mientras fue ilegal, pero una vez despenalizada esa conducta, iniciaron tranquilamente la destrucción de los más indefensos de los hombres.

El ser humano como sujeto de derechos civiles y persona desde la concepción.

La persona, en sentido jurídico se define como "sujeto de derechos". Hay unanimidad de pareceres para admitirlo, pero este consenso se rompe cuando hay que determinar por qué lo es. Caben dos posturas: es sujeto porque tiene ser ante el derecho o, por el contrario, porque tiene ser por el derecho.

Es importante precisar la diferencia. Si el hombre es persona por el derecho, significa que es la ley positiva la que le otorga su dimensión jurídica. En cambio si el hombre es persona ante el derecho, resulta que al ordenamiento jurídico positivo sólo le cabe reconocer y proteger esa personalidad, pero no concederla porque su titularidad no es de origen positivo sino de origen natural.

¿Qué significa que la causa de que el ser humano sea sujeto de derechos tenga un origen natural?

Los hombres pueden, por sí mismos, con la sola ayuda de la razón natural, no inventar, sino descubrir, desentrañar determinados principios morales fundamentales de conducta que derivan de la naturaleza humana. El respeto a esas normas encamina al hombre hacia su propia perfección y produce un orden natural que es el reflejo de la Ley Eterna, que está inscrita en su naturaleza, idea ejemplar Divina del orden universal en el que el hombre está incardinado.

Para que exista un orden natural en que reine la justicia, la ley positiva debe provenir de la ley Natural, pero supuesta la intervención de la razón humana, ajustada a las circunstancias, ningún código podría contener todas las normas de Derecho Natural, pero sí debe incorporar un mínimo de ellas, aquellas que son objetivamente indispensables para pro-

mover el bien común, es decir el perfeccionamiento de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad.

Ahora bien, existen derechos llamados derechos humanos, innatos u originarios que se fundamentan únicamente en la ley natural y no derivan ni del consenso ni de la arbitrariedad social, sino que corresponden a las personas por el sólo hecho de ser tales, porque la persona se define por su naturaleza. Estos derechos son inherentes a la esencia del ser humano, son propios de la dignidad intrínseca de la persona humana y son tan inmutables como es inmutable la esencia de ésta: una naturaleza sensitivo-espiritual. El ser humano es una unidad corpóreo espiritual de alma y cuerpo que forman una unidad sustancial.

Los derechos humanos son muy numerosos, pero hay que precisar que no todos tienen la misma jerarquía. El más fundamental es el derecho a existir y vivir. Cualquier otro derecho supone que primero se respete éste porque la vida humana tiene un valor absoluto en sí misma y por sí misma y no hay ningún otro valor que pase por sobre ella.

No se necesita ser creyente para descubrir que está prohibido dar muerte a un inocente y que cada hombre, cualquiera sea su raza, edad, estado, condición, tiene derecho a que se respete su vida y su dignidad.

Esta dignidad es algo propio de la naturaleza humana en cualquiera de sus estados y pertenece aún al más desvalido de los hombres. Es algo que trasciende a su autonomía, a su capacidad de razonar, de elegir y de conocer porque se basa en la relación única, irrepetible, personal con Dios que lo llamó a la existencia.

Hervada así lo dice:

"Desde el momento en que el óvulo es fecundado se convierte en embrión humano; este ser embrionario es ya portador de toda la dignidad de la persona humana y sujeto de los derechos más fundamentales del hombre. He dicho toda la dignidad de la persona humana, porque la igualdad radical que entre todos existe se funda en el hecho de ser hombre. Allí donde hay un ser humano, cualquiera sea el momento de su historia en que se encuentre, allí está un sujeto de derechos fundamentales. Pero el hombre no comienza a serlo -a ser persona humana- por el nacimiento, lo es ya desde el momento en que el óvulo se transforma, por la fecundación, en un nuevo ser vivo, que está en la madre, pero ya no es la madre"¹¹.

La antropología nos dice que un ser humano desde su concepción es una persona porque es alguien y no algo; alguien que un día afirmará su personalidad diciendo: "yo". Como es una persona, tiene necesidades personales, tuyas propias que obviamente no puede satisfacer por sí mismo sino que requiere ayuda de su madre y de la sociedad. Esta ayuda en mayor o menor grado la necesitará a lo largo de toda su vida porque un hombre para realizarse siempre necesitará de sus congéneres¹².

El ser humano desde que es concebido tiene naturaleza humana y a lo largo de su vida esa esencia ontológicamente no cambiará. El ser humano podrá sufrir muchos cambios que lo afectarán en lo fisiológico o en lo cultural pero jamás en su esencia. El valor potencial de la vida humana será el mismo, se trate de un embrión, de un niño, un adulto, enfermo o sano, en pleno uso de sus facultades para desarrollar un proyecto de vida, o limitado, demente o comatoso, cualquiera sea su edad, raza, situación económica, espiritual o cultural.

La humanización, es decir su re-

11. Hervada, Javier. Citado por Guillermo López García: *Aspectos médicos en Los derechos del niño antes de nacer*. Carlos Quintana editor. Ed. Universidad Católica de Chile, 1985, pág.42.

12. Ver: Marías, Julián. ¿Que o quién? en *Diario El Mercurio*, Cuerpo E, Santiago de Chile. 18 de Octubre, 1992, pág. E-1.

Rojó Sanz, José María. *Fundamentos antropológicos de la defensa de la vida humana en: Persona y Derecho*. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, Eurograf. S.L. Pamplona, 1989.

lación con los otros seres humanos y su reconocimiento por parte de ellos como miembro completo de la comunidad humana es tarea que desarrollará a lo largo de la vida, en forma progresiva a través de las distintas edades y etapas que atraviesa el ser humano y es muy posible que esta integración a la sociedad no se alcance nunca en forma completa o se quede en una etapa rudimentaria según las circunstancias. Luego, la humanización no le agrega nada a la naturaleza humana.

Para la filosofía, las características principales de la persona son totalidad y autonomía:

Totalidad significa que la persona es un todo, cosa íntegra, conjunto, plenitud. La persona como todo abarca la naturaleza del hombre, sus principios individuales, su ser propio. La autonomía se refiere a ese todo en que consiste la persona y comprende la libertad e independencia como propiedades de la naturaleza hu-

mana, parte fundamental del todo.

Ambas notas integran el ser completo y complejo que define la persona, por lo que deben estar siempre reunidas.

La persona es, en definitiva, un todo indivisible, un ser propio, dotado de libertad e independencia.¹³

La Filosofía apoyándose solamente en la razón llega a determinar que el hombre es una persona.

La Medicina con sus investigaciones en genética ha confirmado con excelentes argumentos que desde el instante de la concepción, está presente la persona humana, porque ya el nuevo ser lleva el código genético definitivo y a partir de ese momento comenzará un desarrollo de sus facultades que solo terminará cuando fallezca. Siendo humano es persona humana, tiene derecho a vivir y a ser respetado en su integridad física y psíquica.¹⁴

13. Doral, José. *Concepto filosófico y concepto jurídico de persona*, pág. 116.

14. Ver: Abel Ray, Carlos. Aborto, tóxicos y adolescencia en "El Derecho a Nacer". Oscar Alvarado y otros. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993, págs. 42-43-44. Bonnet, Emilio F.P. Fecundación extracorpórea "in vitro", en rev. "La Prensa médica Argentina", 1980, vol.67, Nº 11, pág. 535; Cruz-Coke M., Ricardo. Fundamentos genéticos del comienzo de la vida del ser humano en: Los derechos del niño antes de nacer. Aspectos éticos y científicos; Carlos Quintana, editor. Ed. Universidad Católica de Chile, 1985; Consejos Europeos de la investigación médica en Dinamarca, Finlandia, República Federal de Alemania, Italia, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Bélgica. Comunicaciones sobre la fecundación humana in vitro de 5 y 6 de Junio 1986, presentada en la Fundación Europea de la Ciencia, Londres; Yacquinot, Claude. Les expérimentations sur les embryons humains vivants, en: La vie judiciaire, 1987. Num. 2153; López García, Guillermo: Aspectos médicos, en Los Derechos del Niño Antes de Nacer. Carlos Quintana editor. Ed. Univ. Católica de Chile 1985; Roa Rebolledo, Armando. El Embrión, lo humano y lo humanizado en El Mercurio, Santiago;

Esta corriente que fue liderada por el médico francés Jérôme Lejeune, cuenta entre sus filas insignes científicos. Incluso Robert Edwards, uno de los primeros especialistas que consiguió la fecundación in vitro, describe al embrión como magníficamente organizado poniendo en movimiento su propia bioquímica y como un ser humano microscópico en los mismos estadios primeros de su desarrollo.

El médico Dr. Armando Roa es categórico en el sentido de que "debe quedar en claro que el huevo humano fecundado es biológicamente y antropológicamente ser humano, persona, pues todas sus potencialidades genéticas están destinadas a hacer un hombre y no un gato o un mono. Si se argumentara que el embrión no puede razonar ni obrar libremente, el mismo argumento podría esgrimirse ante un niño de cinco años y quizás a veces frente a un hombre de cualquier edad, pues el proceso de adquisición de la plenitud de la personalidad es probable que dure toda la existencia"¹⁵.

"Destruir un embrión o usar sus órganos o tejidos equivale a un asesinato, pues el huevo desde el momento de su fecundación lleva el código genético definitivo, acuerdo a cuyo plan empieza de inmediato a crecer y desarrollarse. Todo lo que más tarde estará presente en acto: sensibilidad, inteligencia, memoria, personalidad, está ya allí desde el primer instante en plena potencia, oculta todavía a los ojos adultos, pero ya dinámicamente presente en una totalidad que va a desplegarse en el tiempo"¹⁶.

El médico, doctor Guillermo López García, también es enfático en afirmar: "El cigoto tiene una organización propia -como cualquiera otra célula- que es distinta de la que tenían el óvulo y el espermatozoide antes de la fertilización, aunque naturalmente viene determinada por la organización de estas dos células. La unidad, característica esencial de esta organización que le individualiza, se evidencia en el hecho de que a partir de la primera célula, por sucesivas divisiones, se originan todas las células del nuevo ser vivo, que tienen el mismo

Roa Rebolledo, Armando. Investigación científica biomédica: fundamentos éticos y antropológicos en problemas contemporáneos de genética. Editores Manuel Lavados y otros. Ed. Univ. Católica de Chile, 1986. Soto Lamadrid, M. Angel. Biogenética, filiación y delito. Astrea. Buenos Aires, 1990; Zubizarreta, Eduardo. El Derecho a la vida de la persona por nacer en: El Derecho a Nacer. Oscar Alvarado Uriburu y otros. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1993.

15. Roa, Armando. "El embrión, lo humano y lo humanizado".

16. Roa, Armando. "Investigación científica biomédica: Fundamentos éticos y antropológicos en problemas contemporáneos de genética", pág. 56.

número de cromosomas, idénticos cromosomas y los mismos factores genéticos. Así, la primera célula del nuevo ser vivo, desde el momento mismo de la fertilización, tiene grabado un plan que organiza después a todas las demás. Todas las células de ese organismo concreto pertenecen a "ese" ser vivo, forman parte de su unidad, porque todo está organizado como sólo "ese" ser vivo -ese individuo- puede estarlo según un plan organizador que quedó determinado en la fertilización y nunca se alterará."

"El cigoto humano, desde el momento mismo de la fertilización, tiene una organización específicamente humana, que sólo se encuentra en el ser humano, y precisamente por eso es la que diferencia estructuralmente al hombre de cualquier otra especie". "La especie humana -como todas las especies- tiene especificidad biofísica y bioquímica. Es decir, el huevo humano, que se diferencia del de otros animales, en la especial distribución de sus células y estructuras subcelulares, se diferencia también desde el punto de vista bioquímico y biofísico. Esta plena especificidad existe desde que el organismo humano es una sola

célula, que se diferencia por completo de la fase inicial de cualquier embrión de mamífero, tanto como se diferencia de cualquier organismo unicelular"¹⁷.

¿Qué podría agregarle el Derecho a la naturaleza humana?

Nada, porque ésta es la misma desde la concepción hasta la muerte.

Si los derechos fundamentales pertenecen al ser que tiene naturaleza humana, pertenecen por definición al embrión que tiene una titularidad natural sobre ellos y a la legislación positiva le corresponde reconocerla y protegerla como también debe proteger la dignidad que le corresponde por el hecho de ser persona.

El concepto jurídico y el concepto filosófico, antropológico y médico de persona serán distintos entre sí porque cada uno de ellos se refiere a un modo diferente de conceptualizar una realidad y sólo por eso, porque la persona es una realidad única, irrepetible, tanto filosófica como jurídicamente.

17. López García, Guillermo. "Aspectos médicos" en "Los Derechos del Niño antes de Nacer", Págs. 30 y 31.

Posición de la Iglesia Católica.¹⁸

La Iglesia Católica nos enseña que la naturaleza humana es la unión sustancial entre cuerpo y espíritu y el individuo poseedor de tal naturaleza, es decir el Hombre, no se convierte progresivamente en persona sino que es indefectiblemente persona por el sólo hecho de pertenecer a la especie humana.

Desde el pontificado de Pío XII, existen declaraciones de la Iglesia sobre reproducción humana asistida, pero entre 1983 y 1985 se incluyen varios textos, entre ellos una alocución a los médicos del papa Juan Pablo II y cuatro intervenciones episcopales a saber "Carta de los obispos de Victoria Australia" (1984), "Respuesta de los obispos de la Gran Bretaña al Informe Warnock (1984)", "Comisión de la familia del episcopado francés" (1984) y "Declaración de la asamblea de obispos de la República Federal de Alemania" (1985), en todos los cuales se aborda el problema del respeto a la vida desde su concepción. Juan Pablo II señala a los médicos el deber propio de defender la vida, especialmente "cuando to-

avía carece de voz para proclamar sus derechos". Los obispos australianos declaran que el embrión es un ser humano y que todo ser humano está dotado de una dignidad humana y de los derechos del hombre: "todo ser humano, microscópico o macroscópico, ya se trate de un niño muy pequeño, de un adulto o de un anciano, sea de raza caucásica, negra o asiática" porque la vida humana es objetiva e intrínsecamente preciosa. Los obispos alemanes manifiestan igualmente que "el embrión es desde el inicio, un sujeto humano y tiene, por tanto, el derecho a una protección sin límites".

La Instrucción sobre "El Respeto a la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación" que entregó la Congregación para la Doctrina de la Fe, el 22 de febrero de 1987 nos dice:

"Ciertamente ningún dato experimental es por sí suficiente para reconocer un alma espiritual; sin embargo, los conocimientos científicos sobre el embrión humano ofrecen una indicación preciosa para discernir racionalmente una presencia personal desde este primer surgir de la vida humana:

18. Ver, entre otros, los siguientes documentos: Congregación para la Doctrina de la Fe. Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Ed. Paulinas, 1988.

Catéchisme de l'Eglise Catholique, Mame. Librairie Editrice Vaticane, 1992.

Ratzinger, Joseph, Cardenal. Las amenazas contra la vida humana. El Mercurio.

Rodríguez Vidal, Adolfo. Aspectos éticos del aborto; en "Los Derechos del Niño antes de Nacer". Ed. Univ. Católica de Chile, 1985.

¿Cómo un individuo humano podría no ser persona humana? El magisterio no se ha comprometido expresamente con una afirmación de naturaleza filosófica, pero repite de modo constante la condena moral de cualquier tipo de aborto procurado. Esta enseñanza permanece inmutada e inmutable".¹⁹

La misma Instrucción indica cuales deben ser las aplicaciones de esta doctrina en el campo de la ley :

Tanto el derecho inviolable de todo individuo humano inocente a la vida como los derechos de la familia y de la institución matrimonial son valores fundamentales que conciernen a la condición natural y a la vocación integral de la persona humana, pero al mismo tiempo son constitutivos de la sociedad civil y de su ordenamiento jurídico. Por lo tanto, al legislador, responsable del bien común, le corresponde vigilar porque no se legitimen técnicas que atenten contra la igualdad, la dignidad y los derechos fundamentales de la persona humana.

"La intervención de la autoridad política se debe inspirar en los principios racionales que regulan las relaciones entre la ley civil y la ley moral. La misión de la ley

civil consiste en garantizar el bien común de las personas mediante el reconocimiento y la defensa de los derechos fundamentales, la promoción de la paz y de la moralidad pública. En ningún ámbito de la vida la ley civil puede sustituir a la conciencia ni dictar normas que excedan la propia competencia. La ley civil a veces deberá tolerar, en aras del orden público, lo que no puede prohibir sin ocasionar daños más graves. Sin embargo, 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 persona en virtud del acto creador que la ha originado"²⁰.

Entre estos derechos fundamentales la Instrucción recuerda en primer lugar "el derecho de todo ser humano a la vida y a la integridad física desde la concepción hasta la muerte" y dice a este respecto:

"En algunos Estados la ley ha autorizado la supresión directa de inocentes. Cuando una ley positiva priva a una categoría de se-

19. Congregación para la Doctrina de la Fe. Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, págs. 13 y 14.

20. Ver nota anterior, págs. 35, 36 y 37.

res 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. La autoridad política por consiguiente, no puede autorizar que seres humanos sean llamados a la existencia mediante procedimientos que los exponen a los gravísimos riesgos anteriormente mencionados. Si la ley positiva y las autoridades políticas reconociesen las técnicas de transmisión artificial de la vida y los experimentos a ellos ligados, ampliarían todavía más la brecha abierta por la legalización del aborto."

"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 derechos. La ley no podrá tolerar -es más, deberá prohibir explícitamente- que seres humanos, aunque estén en estado embrional, puedan ser tratados como objetos de experimentación, mutilados o destruidos, con el pretexto de que han resultado superfluos o de que son incapaces de desarrollarse normalmente".²¹

La Constitución Política en alguna medida se acerca a las indicaciones de la Instrucción sobre "El Respeto a la vida Naciente y la Dignidad de la Procreación".

El derecho privado chileno categóricamente no reconoce al hombre como persona antes de su nacimiento, pero la Constitución Política de 1980 da, sin embargo, pie para sostener que en alguna medida le reconoce personalidad.

En efecto, la Carta Constitucional no define que entiende por persona, pero del conjunto de sus disposiciones, aparece que el legislador se inclina por reconocer que todo ser humano es persona humana tanto en el aspecto filosófico como en el jurídico.

Este criterio resulta de relacionar tres artículos fundamentales, a saber: artículos 1 - 5 y 19 N° 1.

El artículo primero no sólo dice que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos sino que en su inciso cuarto declara que el Estado está al servicio de "la persona humana" y su finalidad es promover el bien común, debiendo hacerlo con pleno respeto a los derechos y garantías que la propia Constitución establece. Entre estos derechos y garantías, asegura a todas "las personas", en su artículo 19

21. Ver nota anterior, págs. 35, 36 y 37.

Nº1, "el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica", agregando: "La ley protege la vida del que está por nacer."

El artículo 5, a su vez, reconoce como limitación a la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la "naturaleza humana", porque ellos son superiores al Estado y a sus órganos, como asimismo a toda autoridad, asociación o individuo.

De lo anterior resulta que como la Constitución está al servicio de la persona humana, la soberanía está limitada por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, entre los cuales el primero es el derecho a la vida, del cual son titulares todos los hombres, nacidos y en gestación, siendo por lo tanto, todos ellos, personas humanas.

Esta interpretación es un argumento que viene a sumarse a los anteriores en pro de la reforma del Código Civil.

El Código Civil Chileno debe ser modificado en orden a reconocer personalidad al nasciturus.

Esta modificación debe incidir en cuatro aspectos principales: el concepto de persona; reconocimiento de la existencia anterior al nacimiento; la representación y la atribución de la capacidad de goce.

I. Concepto de persona.

Repitamos la parte pertinente del artículo 55 del Código Civil:

"Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición."

Ya hemos visto que el huevo fecundado tiene vida y esa vida es humana. Pues bien, cuando don Andrés Bello empleó el término individuo, estaba pensando en quien ya ha nacido porque para él la individualidad sólo se adquiría con la autonomía e independencia que daba la vida separada de la de la madre. A mediados del siglo XIX no se podía exigir más, pero hoy en día a la luz de lo que nos enseña la biología, debemos cambiar tal concepto de individuo y reconocer que el embrión también lo es, porque el ser humano, desde su concepción tiene unidad que es la propiedad del embrión de constituir un individuo con su propia y autónoma entidad y unicidad que es el carácter de tener propiedades que jamás volverán a darse.

El código, como vemos, dice que no altera la calidad de persona, la edad, sexo, estirpe o condición.

En este punto merece destacarse la edad, que se cuenta oficialmente desde el nacimiento, sin perjuicio de que exista una edad gestacional de todos conocida y que jurídicamente no es irrele-

vante porque puede ser determinante para establecer la legitimidad del hijo, y sus derechos sucesorios.

En cuanto a la condición, no se ve ningún inconveniente para que esta expresión no comprenda el hombre desde el primer instante de vida natural, en su condición de ser en gestación.

Con lo dicho queda claro que para reconocer personalidad al embrión, ni siquiera es necesario cambiar la redacción del artículo 55, puesto que cumple con todos los requisitos exigidos por la ley.

Este razonamiento se refuerza si relacionamos dicho artículo con lo siguiente:

1. Ya hemos dicho que el Código Civil nunca lo denomina persona. Sin embargo el art. 199 emplea la expresión: "aunque el hijo no nazca vivo" y el artículo 486 también se refiere a él como "hijo" que está en el vientre materno". Creemos que al llamarlo hijo lo acerca al concepto de persona.
2. El concebido es "niño" de acuerdo a lo dispuesto en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (D.O. 27 de septiembre de 1990). La Convención declara que se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad incluyendo a los que no han nacido porque se-

gún el preámbulo, el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

3. El concebido es "menor".

Atendiendo presentaciones del Servicio Nacional de Menores y de la Corporación Movimiento Anónimo por la Vida, la Contraloría General de la República, por resolución de 15 de junio de 1992, concluyó que el Servicio Nacional de Menores se encuentra facultado por sus normas orgánicas para concurrir a la celebración de convenios con el propósito de apoyar o financiar acciones de protección de los que están por nacer. Verdad es que esa resolución no entra a analizar el artículo 26 del Código Civil para ver si incluye o no al nasciturus pero estima que incluso si la interpretación fuera restrictiva y lo excluyera de la categoría de menor, ese artículo solo está ligado al régimen jurídico de las relaciones patrimoniales y de familia, pero no a la actividad asistencial y de protección.

4. De las normas de protección establecidas en el artículo 75 en favor de la vida del que está por nacer, conocen los jueces de menores.

¿Puede concebirse que un hijo de dos personas, que es un niño menor, no sea también una persona?

II. Existencia anterior al nacimiento.

El concebido tiene vida humana. A la luz de la biología y la genética, ningún código puede seguir sosteniendo que la existencia o la vida comienzan al nacer porque todos los fundamentos de tal aseveración quedaron obsoletos y ningún sistema coherente puede resultar de un ordenamiento que parte negando una evidencia.

La existencia antes del nacimiento es tan humana y tan digna como la que se tiene después. Ambas son naturales y ambas son legales porque como el derecho es producto del hombre y para el hombre, desde que existe vida humana, existe potencialidad de derechos y obligaciones, es decir personalidad, sin mengua, desde la concepción hasta la muerte.

No se puede proteger la vida actual del hombre en gestación sólo por la futura existencia autónoma que vendrá. La vida tiene un valor absoluto en sí misma en cualquier estado en que se encuentre. Pensemos que si de acuerdo a una práctica completamente reprobable, el embrión es congelado, pueden pasar años sin que se implante y sin acceder a la vida autónoma que hoy configura la existencia legal.

III. Capacidad de Goce

A lo largo de lo que hemos explicado queda de manifiesto que el

ser humano desde su concepción es titular del derecho a la vida y a su integridad física y psíquica, principal y primero entre todos los derechos que pertenecen a la naturaleza humana.

Bastaría con que concluyéramos que el nasciturus es titular de este sólo derecho para que se impusiera su calidad de persona porque a ésta se la define como el sujeto de derechos sin que se especifique de cuantos.

Por la trascendencia que tiene este derecho, si la vida incipiente corre peligro dentro del vientre materno por la amenaza de aborto, o en una probeta, por la facilidad de su eliminación, la acción para protegerlo, debe ser popular y no limitada a los representantes legales porque en el caso de la madre o el padre, ellos pueden ser los más interesados en abortarlo. Sin duda, A. Bello vio este problema claramente porque el artículo 75 permite a cualquiera recurrir al juez en resguardo de la vida por nacer, pero sea quien sea actúa por sí mismo y no en representación del afectado.

En cuanto a los demás derechos de la personalidad, algunos serán compatibles con su estado y otros no. Por ejemplo, el ser en embrión puede perfectamente ser titular del derecho a su imagen y a su intimidad. Una ecografía no debería publicarse indiscriminadamente sin autorización de los padres. El derecho al nombre, en cambio, a la nacionalidad, al do-

micilio deberán esperar su nacimiento. Esto significa que la persona en gestación tiene una incapacidad especial transitoria para estos derechos, pero una vez que nazca con vida, adquirirá todos ellos y esto no contradice en nada nuestro sistema legal de capacidad. Así, por ejemplo, un impúber está transitoriamente privado del derecho a contraer matrimonio y el que no puede darse a entender claramente de palabra o por escrito está permanentemente privado del mismo derecho, sin que nadie haya sostenido que tal incapacidad afecte su calidad de persona.

Por lo que respecta a los derechos patrimoniales, ¿qué alcance tendría reconocer la capacidad adquisitiva del *nasciturus*?

El derecho patrimonial deferido lo adquiriría la persona antes de su nacimiento, bastando con que estuviera concebido, pero este derecho estaría sujeto a condición resolutoria, es decir si la persona muere antes de nacer o no sobrevive un instante siquiera al nacimiento, se cumpliría el hecho futuro e incierto en que consiste la condición y el derecho se resolvería. Si nace con vida el derecho se hace irrevocable.

Representación.

El *nasciturus* es un incapaz absoluto para ejercer sus derechos, tal como el demente, el impúber y el sordo-mudo que no se puede dar

a entender por escrito. Por él deberá actuar su representante legal.

Si es hijo legítimo, el representante será su padre o madre, titular de la patria potestad. Si falta el padre y la madre está incapacitada, o si es hijo simplemente ilegítimo o natural, se le nombrará tutor, y este tendrá que velar por el resguardo de su vida y por los bienes que le pertenezcan.

Tanto el efecto de los derechos como la constitución de obligaciones funcionaría igual que para la incapacidad absoluta de hecho y si el representante actúa dentro del límite legítimo de sus atribuciones comprometería al nasciturus aún cuando la obligación no sea un accesorio de sus derechos.

Referente a los derechos patrimoniales, los terceros que contrataran con el representante legal, sabrían de la existencia de una condición resolutoria pendiente sobre el derecho materia del contrato, debiendo tenerlo en cuenta antes de realizar cualquier negocio, porque de cumplirse tal condición, consistente en que el titular no nazca con vida, dicho derecho se extinguiría definitivamente, produciéndose todos los efectos que son propios de este caso, el principal de los cuales es que el derecho y los bienes sobre los que recae pasan a otras personas, que pueden reclamarlos de manos de quienes los adquirieron, constando que existía

una condición resolutoria pendiente, de acuerdo a las normas generales del Código Civil.

De lo que hemos dicho resulta que atribuir personalidad al ser humano que aún no ha nacido no produce ningún trastorno en el sistema legal. Por el contrario, éste ganaría en armonía y en justicia. Así, las criaturas humanas que están en gestación serían reconocidas también como integrantes de la sociedad. No ha-

brán sido personas sólo para sus madres que, de llevarlos en su seno, sintieron el latir de sus vidas sino para todos y, si desgraciadamente, algunas de ellas no llegan a ver la luz, de todos modos habrán formado parte de nuestra sociedad y podremos decirles que fueron de los nuestros, que los protegimos y reconocimos como personas, que existieron, hasta que dejaron de existir.