

EL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA Y SU RELEVANCIA PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA.

Hernán Corral Talciani (*)

RESUMEN

El trabajo reflexiona sobre el uso de los conceptos de persona y de protección del derecho a la vida. Se cuestiona la tesis de que la vida humana podría protegerse sin necesidad de reconocer la personalidad del ser biológico que la sustenta. Se muestra como el vocablo persona ha evolucionado desde un concepto atécnico, a uno técnico-jurídico vinculado a la capacidad patrimonial (propia del Derecho Civil decimonónico) hasta llegar a un concepto valórico o institucional de persona, desarrollado desde el ámbito constitucional e internacional y cuya influencia produce una reinterpretación de las normas del Código Civil que, hasta hace poco, se pensaba negaban personalidad al que está por nacer, postergando ese reconocimiento hasta el momento del parto. La nueva lectura que se propicia entiende que en los actuales modos argumentativos los conceptos de ser humano, persona y derecho a la vida están directamente implicados y, por ello, en el sistema jurídico chileno debe afirmarse que la tutela del derecho a la vida del concebido no nacido se sustenta en el reconocimiento de su personalidad en cuanto ser humano individual desde el mismo momento de la fecundación.

* Profesor de Derecho Civil, Universidad de los Andes. Recibido 28 de marzo de 2005. Aceptado 3 de mayo 2005. El texto inicialmente corresponde a la conferencia ofrecida por el autor en el simposium *Segundas Conferencias de Bioética y Derecho: El derecho a la vida, sus conflictos y desafíos*, organizado por el Centro de Estudios Jurídicos Avanzados de la P. Universidad Católica de Chile y realizado en Santiago el día 16 de octubre de 2002. Ha sido reelaborado y actualizado para su publicación. Agradecemos al profesor de la Universidad Católica del Norte, Sede Antofagasta, Rodrigo Céspedes, los comentarios de forma y de fondo sobre el manuscrito original del trabajo.hcorral@vandes.cl

PALABRAS CLAVES

Persona. Derecho a la vida. Tutela del que está por nacer. Nasciturus. Dignidad Humana.

ABSTRACT

This article presents a reflection on the use on the concepts of person and of protection of the right to life. We challenge the thesis that human life could be protected without acknowledgment of the legal status of the biological being that supports it. We show how the concept of person has evolved from a non-technical usage to a legal-technical meaning, linked with patrimonial capacity (characteristic of nineteenth century Civil Law), to finally acquire a value-based or institutional connotation, which from its origin in Constitutional and International Law, influenced a new interpretation of the norms of the Civil Code, which until recently, were thought to deny full legal status to the unborn, and to postpone instead such recognition to the moment of birth. This new interpretation stresses how, in the new discourse, the concepts of human being, person, and right to life are intertwined, and thus, in Chilean law, it follows that the protection of the right to life of the unborn is based on the acknowledgment of its full legal status as an individual human being from the moment of fertilization.

KEYWORDS

Person. Right to life. Protection of the unborn. Nasciturus. Human dignity.

1. Los modos argumentativos y los conceptos jurídicos. La necesaria coherencia del sistema jurídico

Nos proponemos realizar en este trabajo una reflexión acerca de la relación entre dos conceptos jurídicos que de alguna manera son tópicos usuales del Derecho actual: el de persona y el de derecho a la vida.

Sirva como presupuesto la aclaración de que la realidad excede a los conceptos y nociones con las que intentamos comprenderla y atribuirle significado. Es necesario, en consecuencia, evitar que las técnicas retóricas oscurezcan el alcance de lo que pretendemos obtener a través de ellas. Los conceptos jurídicos se forjan como modos de argumentar que nos permiten extraer soluciones razonables sobre comportamientos sociales y que, a la vez, son susceptibles de generalización y coordinación entre sí, en una aspiración de coherencia e intelectibilidad que permite hablar propiamente de un “orden” jurídico.

En este sentido, los conceptos técnico-jurídicos tienen una cierta naturaleza funcional y padecen de contingencia. Nos explicamos: en el Derecho romano y en el orden jurídico medieval no existía ni el concepto de persona ni el de derecho a la vida, tal como los solemos utilizar hoy en día. Por cierto, ello no significa que la vida humana no fuera considerada como una realidad de intensa protección, pero esa protección era dispensada y justificada en el entramado de reglas y relaciones por nociones diferentes a las que pensamos son las que convienen a nuestra cultura jurídica.

En consecuencia, lo que debe plantearse como interrogante de fondo es si el Derecho, el orden jurídico, debe considerar la subsistencia y conservación de la vida de un ser humano concreto, hombre o mujer, como algo que ha de ser respetado en forma absoluta y al margen de comparaciones de mayor o menor utilidad para el mismo individuo y los demás.

Esta pregunta se contesta en la cultura jurídica actual con un poder mayor de explicación y justificación, haciendo uso de dos nociones: la de persona y la de derecho a la vida.

Conviene, sin embargo, efectuar alguna digresión sobre la manera en la que hemos arribado al contexto cultural en la que estas nociones aparecen como basilares.

2. Dos procesos confluientes: el lenguaje de los derechos y la personalización del Derecho

En nuestro parecer, el discurso jurídico predominante en la actualidad proviene de la confluencia de dos procesos históricos que tienen larga data, aunque hayan emergido más plenamente sólo en la segunda mitad del siglo XX.

Uno de ellos es la progresiva utilización de la técnica de los llamados “derechos subjetivos”, originalmente funcional a los derechos reales o de crédito, para brindar una protección jurídica inviolable o, a lo menos, más intensa a bienes de contenido extrapatrimonial. Así, las pretensiones de cobertura jurídica suelen traducirse al esquema de los derechos, entendidos como facultades para hacer o no hacer algo o exigir que otros hagan o no hagan alguna cosa; por ejemplo, de la protección de la reputación o el honor a través de la penalización de los delitos de injuria o calumnia, se pasa a articular un propio derecho a la honra. Esta proliferación del lenguaje de los derechos tiene sus fuentes, en primer lugar, en el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial y, también, en el derecho internacional de los derechos humanos, con sus cada vez más pormenorizados catálogos de derechos y libertades.

Un segundo proceso al que queremos referirnos es el de lo que algún autor ha denominado “personalización” del derecho¹. El concepto jurídico de persona ha sufrido una evolución en

¹ Cfr. Martínez de Aguirre, Carlos, **El Derecho Civil a finales del siglo XX**, Tecnos, Madrid, 1991.

la historia del derecho que puede ser sintetizado (en muy grandes rasgos) en tres etapas fundamentales: en la primera, el término persona no tiene alcance técnico y es utilizado como sinónimo de hombre, sobre todo en su presentación y actuación social (la máscara del “*prósopon*” griego). Los romanos, por ejemplo, no tendrán problema en considerar persona al esclavo, aun cuando no le sea reconocida ninguna aptitud para adquirir derechos y sea, para efectos jurídicos, tratado como cosa. En la antigüedad, 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 (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 Boecio).

En una segunda etapa, el término persona comienza a adquirir un significado propiamente jurídico: pero este significado no aparece vinculado directamente a la concepción de persona como sustancia, sino más bien al uso no técnico de la expresión en cuanto designa el rol jurídico-formal que un individuo -o colectividad- ocupa en el entramado de relaciones sociales. Hará fama entonces la expresión de que persona no es el hombre en sí, sino el hombre en su estado (Heinecio). 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 postcodificación- 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 paragonable 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 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.

Pero esta segunda etapa ha dado lugar a una tercera, que tiene que ver con la necesidad de superar los modelos positivistas que naufragaron frente a las horrendas violaciones a la dignidad humana cometidas por los regímenes totalitarios nazi y comunista. Se observa que el Derecho no tiene sentido si pretende autojustificarse y que requiere de nociones éticas fundamentales sobre las cuales construirse como sistema con sentido.

Una de estas nociones éticas es la dignidad esencial de todo ser humano, cualquiera sean sus circunstancias o caracteres vitales. Confluyen, así, de un modo insospechado la concepción cristiana que ve en todo hombre o mujer un ser digno por haber sido creado a imagen y semejanza de Dios, y la concepción modernista de raíz kantiana que ve en el ser humano un fin en sí mismo que no puede ser utilizado sólo como un medio para alcanzar objetivos ajenos. Esta idea conlleva una transformación del concepto técnico de persona como sujeto de derechos subjetivos a la de ser digno y merecedor de la máxima tutela jurídica, poniendo un abismo entre ella y las cosas (objetos de derechos). El concepto de persona adquiere de esta forma un significado jurídico- institucional, y no puramente técnico. En este sentido, la persona se convierte en un centro de fundamentación y de desarrollo de todo el Derecho.

De esta forma, surge la cuestión del reconocimiento de la personalidad a todos los individuos que ya la tienen en forma previa a la conceptualización jurídica. La personalidad es un *prius* para el Derecho, un imperativo para las leyes positivas². De esta manera, es posible exigir que la personalidad le sea reconocida a todo ser humano, nada más que por el hecho de ser tal: por pertenecer a la especie *homo sapiens*. La Declaración Universal de Derechos Humanos, ha podido proclamar que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (art. 6), precepto que ha sido recogido también por la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica: “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (art. 3)³.

El concepto institucional de persona viene a complementarse plenamente con el lenguaje de los derechos aplicados a las facetas más fundamentales de la existencia: la vida, la libertad, la honra, la integridad corporal. El reconocimiento del ser humano como persona para el ordenamiento jurídico aparece con toda su eficacia práctica cuando se conectan a la noción de persona un haz de derechos fundamentales que, en su esencia, le deben venir respetados y amparados, incluso en los casos en los que se pretendiera que su violación pudiera maximizar la utilidad o bienestar de la mayoría. La noción de persona, enraizada en el concepto de dignidad

² Cfr, Corral Talciani, Hernán, “El concepto jurídico de persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 17 (2), 1990, pp. 301-321.

³ La misma Convención declara previamente que para sus efectos, “persona es todo ser humano” (art. 1.2).

humana, permite concluir que los derechos deben ser asignados con igualdad (todas las personas han de tener los mismos derechos fundamentales) y con inviolabilidad (ninguna persona puede ser privada totalmente del derecho simplemente por razones de mayor bienestar colectivo: cfr. art. 19 Nº 26 de la Constitución).

¿Cómo otorgar la máxima protección en una cultura política y jurídica modulada por estas dos fuentes valóricas: persona y derechos? Haciendo de la vida, atributo inescindible de la existencia humana concreta, un objeto de un derecho fundamental de la persona. El Pacto de San José de Costa Rica, lo señala de un modo paradigmático en el precepto inmediatamente siguiente al que prescribe el derecho al reconocimiento como persona, y que dispone que: “Toda persona tiene derecho a que se respete la vida” (art. 4.1).

En el fondo, el entramado lógico de los conceptos parece ser éste: el ser humano tiene dignidad y es un fin en sí, a diferencia de las demás criaturas y cosas del universo. Por tanto, todo ser humano es persona. Si esto es así, toda persona tiene derecho a que el orden jurídico exija a los demás un respeto incondicionado por su existir vital.

Obviamente toda esta filosofía supone que la calidad de ser humano, es decir, de individuo perteneciente a la especie *homo sapiens*, es algo que queda fuera de la posibilidad de manipulación o convención por un grupo más o menos extenso de esos mismos seres humanos. Caso contrario, es decir, si se admitiera que un determinado sector de la humanidad está habilitado para discriminar entre quienes son calificados como seres humanos y quienes no, toda la construcción anterior no sería sino una monstruosa farsa.

3. La cosificación de la vida humana: los dilemas del aborto y la eutanasia

Dilucidado lo anterior, nos queda por explorar qué sucede cuando en un contexto jurídico-cultural caracterizado por el lenguaje de los derechos y la personalización, se intenta separar las categorías de persona y vida humana protegible jurídicamente. Es la tesis que ha avanzado Ronald Dworkin en un intento por conciliar las posturas que dividen el debate político norteamericano sobre el aborto: *pro choice* y *pro life*⁴. En su opinión, la vida puede defendirse como valiosa por razones autónomas o por razones derivadas. Lo que Dworkin llama razones derivadas son las que explican la protección jurídica de la vida como una necesaria consecuencia del reconocimiento de persona al titular de ella. Esta justificación de la defensa de la vida humana le parece insatisfactoria a Dworkin porque estima que el feto no puede ser considerado

⁴ Dworkin, Ronald, **El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual**, Ariel, Barcelona, 1994.

una persona “como usted o como yo”, al menos en el sentido que le daría a esa expresión el texto constitucional de Estados Unidos. Comparte plenamente lo señalado por la sentencia *Roe vs. Wade* (1973) que en forma previa a declarar la inconstitucionalidad de las leyes estatales que penalizan el aborto desechó que el concebido pudiera ser considerado persona. Además, dice Dworkin la mayoría de las personas que rechazan el aborto, lo admiten sin embargo cuando se trata de violación de una hija, lo que sería inadmisible si efectivamente creyeran que el feto es una persona con derecho a la vida.

Desconectada la defensa de la vida de la noción de persona, Dworkin pretende encontrar una justificación suficiente para su tutela en razones autónomas: la vida humana en sí es valiosa, independiente de que tenga o no como sustento una persona individual. De esta manera, el debate sobre el aborto y la eutanasia debería reformularse, dejando atrás la estéril polémica sobre la personalidad y los derechos individuales, y plantearse más bien sobre la pregunta de cómo puede obtener un mejor respeto a la “santidad” de la vida humana.

Este planteamiento podría ser seguido como consecuente si estamos dispuestos a prescindir completamente de las nociiones de persona y de derechos subjetivos para articular el orden jurídico. Pero no es el caso de la propuesta de Dworkin: su pretensión es que no “enturbiemos” el debate sobre si la vida debe ser respetada incondicionalmente con la molesta cuestión de si el feto es persona, y que aceptemos calificar la vida como un bien altamente valioso, pero en un contexto en el que a los nacidos, y en particular a la madre, se les reconoce como personas y con derechos en el sentido fuerte de la expresión (derechos en serio, en la expresión acuñada por el mismo Dworkin, en otra de sus obras). Se advierte inmediatamente que la estrategia no tiene por objeto, en realidad, aportar una perspectiva diferente de análisis, sino abogar derechamente por la cosificación de la vida de ciertos seres humanos. En efecto, si la vida no es una cualidad de un ser humano concreto y real, y pasa a ser un valor o bien en abstracto, queda reducido al mundo de las cosas que, por su misma naturaleza, presentan un grado de protección menor que el de las personas (tienen precio y no dignidad, diría Kant). Por ello, si frente a la vida reducida a la categoría de bien se opone el ejercicio de un derecho fundamental de un individuo reconocido como persona, la decisión en términos jurídicos viene ya resuelta en favor del derecho y contra del bien, por muy valioso que éste sea. Justamente la teoría de los derechos fundamentales sostiene su aplicación incluso aunque su ejercicio posea consecuencias disvaliosas colectivamente.

La práctica prueba que la desvinculación entre las nociiones de persona y vida humana son funcionales a una desprotección jurídica de la vida de ciertos seres humanos, la que es dejada en manos de la decisión de otros para el logro de sus propios intereses: de autonomía, libertad, realización personal, etc. No es baladí que las principales sentencias de los tribunales que han debido juzgar el problema de si es constitucional la privación de la vida de niños concebidos pero aún no nacidos, lo hayan hecho previa descalificación de que el feto, incluso

en los grados más avanzados de su desarrollo, tenga el *status* de persona constitucionalmente protegida y reconociendo todos que la vida humana es protegida en sus textos constitucionales como un valor o bien jurídico mas no como un derecho fundamental⁵.

Algo similar ocurre cuando se encuentra el tema de la manipulación embrionaria para efectos de fertilización asistida o de clonación con finalidades de transplante de tejidos. Si el feto no es persona, su “vida-valor” cuenta bien poco, frente a los intereses múltiples ligados a su manipulación.

Si se enfrenta el otro lado de la protección de la vida humana: el que dice relación con la asistencia a los moribundos y la autorización del suicidio asistido, el que la vida sea un valor o bien, y no la misma persona, lleva a admitir que al titular de la vida debe serle reconocida la facultad de decidir si termina o no con ella y con qué medios. La vida ya cosificada es objeto de disposición, de dominio. Es la conclusión a la que llega el mismo Ronald Dworkin, a pesar de todas las argumentaciones que pretenden demostrar su adhesión a la vida como un valor en sí y no en razón de su inherencia a una persona humana. No por nada su ensayo se titula justamente “el dominio de la vida”.

Pero lo cierto es que si nos queremos tomar en serio los valores éticos que legitiman nuestro orden jurídico: igual dignidad de las personas, todo ser humano es persona, toda persona tiene derecho a la vida, debiéramos estar dispuestos a admitir que el concebido, en

⁵ Quizás el Tribunal que más se ha acercado a reconocer la subjetividad del concebido ha sido el Tribunal Constitucional Federal alemán. En sus sentencias de 1975 y 1993 estima que la protección de vida del *nasciturus* (desde el momento de la implantación) está comprendida en el derecho a la vida consagrado por el art. 2-II de la Ley Fundamental. Sin embargo, no llega a afirmar su carácter de persona, y termina declarando legítimo el aborto en los casos en los que la intensidad de la afectación de los derechos de autonomía de la mujer sea de tal nivel que permite levantar la prohibición penal tendiente a proteger la vida del *nasciturus*. Comentando esta sentencia, entre nosotros Antonio Bascuñán Rodríguez, sostiene nuevamente que puede prescindirse en el debate de la cuestión de la personalidad del concebido y sustentar que la Constitución también protege la vida intrauterina, pero como Dworkin llega a la misma conclusión favorable a la legitimación del aborto, en virtud de que el respeto a la autonomía de la mujer y su condición de persona no permitiría que se le imponga la carga del embarazo, sea en todos los casos o en aquellos en que se considere típicamente una conducta no exigible (indicaciones). En su posición, la pregunta no debería ser si el concebido tiene el mismo estatus del nacido, sino si debería ser privilegiado con un estatus superior cuyo respeto exigiría a la mujer el deber de tolerar el embarazo en todos los supuestos (Bascuñán Rodríguez, Antonio, “Límites a la prohibición y a la autorización legal del aborto consentido en el derecho constitucional comparado”, en *Revista de Derecho Público* 63, 2001, t. I, pp. 209 y ss.). Pero si así fuera no debería mezquinarse al concebido a lo menos el estatus de persona y debería resolverse la cuestión como un conflicto de derechos fundamentales, colisión en la que debiera prevalecer el derecho a la vida, que es fuente de todos los derechos. Por lo demás, la prohibición del aborto no es simplemente una orden de tolerar una carga sino la de no ejecutar una conducta dirigida a la destrucción del embrión humano.

cuanto ser humano actual y no en potencia, es decir sustancia individual perteneciente a la especie humana, tiene derecho a la vida y que merece ser defendido contra las acciones de terceros que persiguen su muerte. Del mismo modo, si la persona es un fin en sí mismo, lo es incluso a pesar de ella, por lo que la vida que constituye la personalidad reclama un respeto absoluto incluso por parte del propio individuo viviente. Kant puede decir así que el hombre no es propietario de su propio cuerpo (de su vida), ya que “él es responsable de la humanidad en su propia persona”⁶.

4. La persona y el derecho a la vida en el Código Civil chileno

Finalmente, nos gustaría reiterar lo que desde hace algún tiempo hemos venido sosteniendo en relación con el concepto de persona utilizado por nuestro Código Civil. Nuestra doctrina tradicional ha interpretado las normas de los arts. 74, 75 y 77 de nuestro Código haciendo una separación entre “existencia legal” de la persona y existencia natural: la primera comenzaría con el nacimiento; la segunda con la concepción. De este modo, el *nasciturus* no sería legalmente persona mientras no llegue a nacer y su nacimiento no reúna las condiciones previstas por el art. 74: separación completa de la madre y sobre vivencia de la criatura aunque sea por un instante después del parto.

Esta lectura no tiene nada de raro porque ella no hace sino reflejar la época en la que se redactó el Código y en la que se escribieron sus primeros comentarios: es decir, aquella en la que el concepto de persona era utilizado como una noción técnica desprovista del valor institucional que le reconocemos hoy en día y que se centraba en el problema de la adquisición de derechos patrimoniales (hereditarios). Nada más alejado de la mentalidad de quienes tan fácilmente negaban la “existencia legal” del no nacido el suponer que ello autorizaría la carencia de tutela jurídica de la vida del concebido. 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 art. 20 de la Constitución), para que de oficio o petición de cualquier personas 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” (art. 75).

Nos parece, en consecuencia, que una interpretación sistemática y actualizada del Código Civil, hecha ahora en la perspectiva del concepto institucional de persona, que es el recogido por nuestro texto constitucional y por la cultura jurídica nacional, no puede sino admitir que,

⁶ Kant, Inmanuel. *Metafísica de las costumbres*, § 17 de la primera parte: Doctrina del Derecho.

en nuestro Código Civil, el *nasciturus* es considerado un ser humano, y por ende una persona con derecho a la vida. Esta lectura actual de las viejas normas es facilitada por un precepto ordinariamente descuidado por nuestra dogmática. Se trata del artículo 55, en el que Bello introdujo una norma muy vanguardista, no sólo para su época sino incluso en la nuestra: “Son personas todos los individuos de la especie humana”⁷.

5. El problema constitucional: la incidencia del verbo “nacen” en el art. 1º de la Constitución

Si con el mismo texto del Código Civil podemos arribar ya a la conclusión de que el *nasciturus* es persona, con mayor razón ha de concluirse respecto del texto constitucional (art. 1º y 19 Nº 1) y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país.

Alguna duda es necesario despejar en relación con la reforma constitucional de la ley Nº 19.611, de 16 de junio de 1999, que sustituyó en el inciso primero del artículo 1º la expresión “los hombres” por “las personas”, dejando intacto el resto de la frase: “nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Como es conocido, la razón del cambio fue resaltar la igualdad esencial entre hombres y mujeres. Sin embargo, 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”.

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 constitucional⁸. El autor estima que ni la libertad ni la igualdad ni la dignidad a las que se refiere el art. 1º 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

⁷ Para una mayor argumentación, puede verse nuestro trabajo “El embrión humano: del estatuto antropológico al estatuto jurídico”, en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 1997, pp. 47-62. Ya, con anterioridad pero con menos claridad, habíamos propiciado la consideración de persona del que está por nacer en el trabajo “Comienzo de la existencia y personalidad del que está por nacer”, en *Revista de Derecho*, (Universidad Católica de Valparaíso), XIII (1989-1990), pp. 33 - 50. Con acopio de argumentos biológicos y filosóficos comparte este planteamiento el profesor José Joaquín Ugarte Godoy, “El derecho a la vida de la persona humana en la fase embrionaria y su protección constitucional”, en *RDJ* t. XCIX, 2002, 4, pp. 91-119, especialmente p. 118.

⁸ Guzmán Brito, Alejandro, *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2001, pp. 92-97.

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.

Resulta inquietante que se llegue por la vía de una exégesis exclusivamente literalista a una conclusión de tan graves consecuencias. De seguirse la opinión de Guzmán Brito, habría seres humanos que no serían reconocidos por la Constitución chilena como personas. No tendrían dignidad sino una vez nacidos, y por tanto ningún derecho fundamental: ni a la vida ni a la libertad ni a la igualdad.

Los argumentos en los que se apoya esta conclusión son febles. La insistencia en que el art. 74 del Código Civil niega personalidad al que está por nacer desconoce la virtualidad del precepto del art. 55 que define como persona a todo individuo humano. Hasta la doctrina civil está dejando atrás el concepto técnico de personalidad limitada a la esfera patrimonial¹⁰. Menos aceptable es que se intente aplicar la concepción formalista de persona en el plano constitucional y de los derechos humanos en los que, como hemos visto, el término alcanza su actual significado de sustento institucional de todo el orden jurídico.

El argumento, nuevamente gramatical, que quiere ver en el vocablo “nacen” del art. 1º una exclusión de los no nacidos del ámbito protector de la Carta Fundamental no puede ser considerado acertado. Es manifiesto, incluso hasta por su propia ubicación de “norma pótico”, que el art. 1º 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.

Nos tocó alertar en su momento a los legisladores de las confusiones que podrían provenir de mantener el vocablo “nacen” al introducir el de “personas” en el texto del art. 1º. Frente a ello, en el Parlamento se dejó expresa constancia de que con la modificación sólo se perseguía

⁹ Guzmán Brito, A., ob. cit., p. 192.

¹⁰ Cfr. Figueroa Yáñez, Gonzalo, **Derecho Civil de la persona. Del genoma al nacimiento**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 150-152, quien llega a la conclusión de que el que está por nacer debe ser reconocido como persona, pese a la dicción del art. 74 CC.

enfatizar la igualdad de sexos y no alterar de modo alguna el estatus constitucional del no nacido. Las actas dan cuenta de ello. En el Congreso Pleno varios senadores hicieron uso de la palabra para hacer hincapié en que la reforma al hablar de que las personas nacen libres no podía entenderse como un debilitamiento del derecho a la vida del que está por nacer (Diputada Cristi, Diputado Elgueta, Senador Díez, Diputado José García, Diputado Krauss, Senador Urenda, Senador Zaldívar), ni en el sentido de “ignorar, suprimir o atenuar el reconocimiento de la personalidad constitucional que corresponde tanto a hombres como mujeres desde el mismo momento de la concepción” (Diputada Guzmán, Senador Larraín, Diputado Luksic, Diputado Pérez)¹¹.

Nos parece que no resulta excesivo pedir que en la interpretación del texto se vaya un poco más que a las desnudas palabras, interpretadas además bajo el prisma de lecturas ya superadas por la evolución de la ciencia jurídica privatista.

El mismo Guzmán Brito nos desconcierta cuando no ve dificultades para superar el inconveniente que resulta el aplicar la expresión “nacen” a las personas jurídicas: “Por persona se entiende también a las personas jurídicas... Si bien es verdad que la nueva dicción del artículo 1 inciso 1 CP, ... no fue establecida para hacer efectiva la igualdad de las personas jurídicas..., el hecho es que, objetivamente miradas las cosas, el texto dice ‘personas’, y este término cubre a las jurídicas. Restringir la norma a las solas personas naturales, implica dejar abierta la posibilidad de discriminaciones en contra de las personas jurídicas, del todo inaceptables e injustificadas”¹². El esfuerzo hermenéutico desplegado para salvar a las personas jurídicas de las mencionadas arbitrariedades, bien puede ser desarrollado también para alguien que, como el que está por nacer, es mucho más propiamente persona que un ente colectivo.

Entre los constitucionalistas, parece haber un extendido consenso en que el *nasciturus* es persona y por ello titular de un derecho fundamental a la vida. Ver en la norma constitucional que declara que “la ley protege la vida del que está por nacer” una manifestación de un tratamiento diferenciado entre el estatus de los nacidos, a los que se protege la vida constitucionalmente, y el estatus de los concebidos no nacidos, cuya protección se deja a la discreción del legislador¹³, es una lectura que no tiene en cuenta que el mismo artículo 19 en

¹¹ Cfr. sesión del Congreso Pleno del 15 de mayo de 1999, Diario de Sesiones del Senado, pp. 4037-4066.

¹² Guzmán Brito, A., ob. cit., p. 192.

¹³ Se sostiene, así, que la protección no es la misma para los nacidos que para los no nacidos. Cfr. Valenzuela Saldías, Jonatan, “Algunas consideraciones sobre el estatuto del embrión preimplantacional en Chile”, en *Revista Estudios de la Justicia* (U. de Chile), 3, 2003, pp. 169-170, aludiendo a la discusión de los integrantes de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. En realidad, lo que se deduce de esa discusión es más bien la falta de uniformidad de pareceres sobre la no derogabilidad por parte de la Constitución del aborto terapéutico

su encabezamiento señala que los derechos que se aseguran son derechos de “personas”, por lo que el inciso relativo al *nasciturus* no puede sino entenderse como un mandato dirigido al legislador para que tutele especialmente la vida del que está por nacer, atendido su estado de dependencia e indefensión natural en el que se encuentra durante la gestación. Es además lo que pide una interpretación armónica de este inciso del N° 1 del art. 19 con las normas y principios del Capítulo Primero sobre Bases de la Institucionalidad y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Chile, en especial la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica¹⁴.

Como señala Sergio Carrasco en un estudio reciente, “siendo el concebido y aún no nacido titular de una vida que comienza con la concepción, cualquier acto o pretensión de afectar tal vida transgrede el texto y las finalidades de la Constitución”¹⁵.

6. La jurisprudencia

La jurisprudencia de nuestros tribunales no hace sino confirmar la interpretación que

entonces vigente en el Código Sanitario. Por eso, Enrique Evans de la Cuadra, **Los Derechos Constitucionales**, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, t. I, p. 100, escribe que “Lo que ni la ley ni la autoridad podrían autorizar o tolerar, sin infringir la Constitución, es la práctica masiva del aborto común”. En este sentido, Mario Verdugo y Emilio Pfeffer, en Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto, **Derecho Constitucional**, Edit. Jurídica de Chile, 2^a edic., Santiago, 2002, t. I, p. 199, señalan que la disposición del Código Civil se incluyó en el texto constitucional “con el propósito de que en el futuro no pudiese legislar en forma amplia acerca del aborto”

¹⁴ Así lo hemos sostenido en otros trabajos: “Biotecnología y procreación artificial: hacia una regulación jurídica respetuosa del ser humano” en *Revista de Derecho*, (U. de Concepción), 196 (1994), pp. 45-58; “El embrión humano...” cit., pp. 47-62. La interpretación contraria que quiere ver una protección diferenciada de la vida del *nasciturus* como un bien jurídico pero no como un derecho de una persona, ha sido tempranamente rebatida por Zapata Larraín, Patricio, “Persona y embrión humano. Nuevos problemas legales y su solución en el derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho* 15 (1988), 2-3, pp. 384-386, donde queda sobradamente refutado el argumento histórico fundado en la discusión de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Es la interpretación que ha terminado por prevalecer en la doctrina de derecho público. Nogueira Alcalá, Humberto, “El derecho a la vida en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Gaceta Jurídica* 207 (1997), p. 11, sostiene que, aunque el art. 19 N° 1 de la Constitución pareciera diferenciar entre la protección de la vida del ser humano nacido y el concebido, en atención a lo dispuesto en el art. 5 inciso 2 y en especial en la Convención Americana de Derechos Humanos, “debemos concluir en una interpretación armónica, sistemática y finalista del bloque constitucional de derechos esenciales, que los seres humanos (*nasciturus* o *nonatos* y nacidos) son personas que tienen derecho a que se respete su vida, ‘en general, a partir del momento de la concepción’ hasta su ‘muerte natural’. La existencia de esta nueva persona, por imperativo de su propia dignidad, establece el deber de proteger su vida y de impedir que se provoque su muerte”. Cfr. también Soto Kloss, Eduardo, *Derecho administrativo. Bases fundamentales*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, t. I, p. 44, quien con toda razón sostiene que importaría una diferencia arbitraria distinguir entre el derecho a la vida del *nasciturus* y del nacido, siendo ambos individuos de la especie humana y por tanto personas.

¹⁵ Carrasco Delgado, Sergio, “Constitución Política de 1980. Finalidades y aplicación. Notas sobre el derecho a la vida y su protección”, en *Estudios Constitucionales*, año I (2004), N° 1, p. 86.

defendemos del texto constitucional y de los preceptos del Código Civil. Es conocido el caso de un recurso de protección presentado en favor de niño en gestación por el Director de Salud Metropolitano Occidente ante la negativa de la madre a ser sometida a transfusiones sanguíneas. La Corte, antes de fallar el recurso y como medida cautelar, autoriza a adoptar todas las medidas que tiendan a preservar y resguardar la vida del que está por nacer (C. Stgo., 4 de noviembre de 1991, *RDJ* t. LVIII, sec. 5^a, p. 340, con comentario de Eduardo Soto Kloss). En otro caso, la misma Corte consideró que la falta de un pronunciamiento oportuno de la Isapre sobre la licencia médica necesaria para tramitar el subsidio maternal, implicaba una lesión al derecho a la vida del concebido en gestación (C. Stgo. 29 de septiembre de 1989, *GJ* N° 111, p. 33). En numerosas ocasiones los tribunales han tomado en cuenta la subjetividad jurídica del concebido y su derecho a la vida cuando se pronuncian sobre los fundamentos del fueno maternal y otros beneficios laborales otorgados en favor de la maternidad¹⁶.

La Contraloría General de la República ha tenido también oportunidad de reconocer que el *nasciturus* tiene la calidad jurídica de persona en nuestro sistema jurídico. Así, se estima que el Servicio Nacional de Menores tiene atribuciones para celebrar convenios con una fundación que tiene por objeto la protección de menores en gestación (Dictamen N° 14.5542 de 15 de junio de 1992)¹⁷. En un segundo dictamen, la Contraloría reconoció el carácter de persona del niño en gestación para estimarlo causante de los beneficios concedidos por la ley N° 19.123 en favor de quienes han sufrido violación de sus derechos humanos. Según el organismo contralor la expresión “la ley protege la vida del que está por nacer” contenida en el art. 19 N° 1 de la Constitución consiste en un imperativo para el legislador para observar reglas destinadas a amparar a quien, no obstante no haber nacido, “constituye una persona en gestación” (Dictamen N° 25.403 de 21 de agosto de 1995).

Sin duda el pronunciamiento jurisprudencial de mayor jerarquía y claridad sobre el carácter de persona del *nasciturus* y su inviolable derecho a la vida ha sido el adoptado por la Corte Suprema en el recurso de protección presentado en contra del Instituto de Salud Pública por la autorización de un fármaco (la llamada “píldora del día después”) entre cuyos mecanismos de acción, reconocido por la institución recurrida, se encuentra el impedir de implantación del cigoto humano (es decir del óvulo ya fecundado). La Corte explícitamente acoge el recurso y declara ilegal la resolución administrativa, estimando que cualquiera sea la etapa en que se encuentre el desarrollo prenatal el que está por nacer tiene derecho a la vida. La Corte se basa

¹⁶ Un recuento y análisis de estos fallos en Soto Kloss, Eduardo, “La protección jurídica de la persona que está por nacer en la jurisprudencia judicial y contraloría”, en AA.VV., *Los derechos de la persona que está por nacer*, Conferencias Santo Tomás de Aquino, Universidad Santo Tomás, pp. 99 y ss., en especial, pp. 104-107.

¹⁷ Publicado, con comentario nuestro, en la *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19 (1992), pp. 603 y ss.

en los textos constitucionales e internacionales que ya hemos mencionado; pero además, por primera vez que sepamos, otorga operatividad jurídica a la definición de persona del art. 55 del Código Civil. Reproducimos el considerando íntegramente: “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”(C. Sup. 30 de agosto de 2001, *RDJ t. XCIII, sec. 5º, p. 199, cons. 18º*)¹⁸.

Ante la autorización otorgada por el mismo Instituto de Salud Pública para un fármaco con el mismo componente químico (Levonorgestrel al 0,75 mg) pero con otro nombre de fantasía (Postinor-2), se demandó la nulidad de derecho público de la resolución administrativa en juicio ordinario, y la jueza del Vigésimo Tribunal Civil de Santiago declaró la nulidad demandada por violar el acto administrativo, entre otras normas, el art. 75 del Código Civil y el art. 19 Nº 1 de la Constitución, al contemplar dicho fármaco un mecanismo de acción que determina la imposibilidad de implantación del huevo fecundado. Según la sentencia, según los arts. 75 y 76 del Código Civil “la protección que debe dar el Juez de la causa se inicia a partir del momento de la concepción; sin que el segundo¹⁹ de estos artículos establezca cálculo o tiempo que deba descontarse, sin hacer mención de la anidación o implantación del huevo ya fecundado” (Sentencia de 30 de junio de 2004, causa rol Nº 5.839/2002, cons. 42º). Concluye la sentencia que “en definitiva no cabe duda de que el sujeto biológico hombre empieza con la fecundación o concepción; el que se encuentra protegido por las diversas normas legales y constitucionales tantas veces citadas” (cons. 51º). Es decir, para el sentenciador, desde la misma fecundación (penetración del espermatozoide en la membrana del óvulo) hay un ser humano que es digno de protección jurídica como sujeto y no como objeto: es persona, tiene derecho a la vida²⁰.

¹⁸ El fallo en el considerando anterior (cons. 17º) comete a nuestro juicio, una cierta impropiedad al señalar que el *nasciturus* tiene derecho a la vida y por ello “a constituirse en persona”. En verdad, como lo deja claro el considerando 18º que le sigue, no es que tenga derecho a la vida para constituirse en persona sino que *es* persona y por ello tiene derecho a nacer y a vivir.

¹⁹ Quizás la referencia quiso hacerse al inciso segundo del art. 75, ya que el art. 76 contiene la presunción de derecho de la época de la concepción.

²⁰ La Corte de Apelaciones de Santiago revocó la sentencia y rechazó la demanda por entender que habiendo una discusión científica sobre el efecto abortivo del fármaco no le corresponde al tribunal decidir por una u otra posición. La sentencia de segunda instancia ha sido recurrida de casación en la forma y en el fondo ante la Corte Suprema. En verdad, si la controversia técnica o científica fuera impedimento para la intervención de los tribunales, gran parte de los asuntos de trascendencia pública quedarían privados de ser conocidos por los órganos judiciales que aseguran el imperio del Estado de Derecho y la protección de los derechos fundamentales.

7. Nuestras conclusiones

Si se nos pidiera sintetizar los resultados de esta breve exposición, podríamos avanzar las siguientes ideas:

- 1º) Si bien los conceptos jurídicos de “persona” y de “derecho a la vida” no son indispensables para que una determinada experiencia jurídica proteja la vida humana con la intensidad que merece su dignidad, lo cierto es que ellos son útiles para hacerlo cuando, como en la época que vivimos, tales conceptos permiten justificar de un modo coherente y lógico dicha valoración y protección.
- 2º) La cultura jurídica actual que utiliza los conceptos “persona” y “derecho a la vida” se ha conformado por la confluencia de dos procesos intelectuales confluientes a partir de la segunda mitad del siglo XX: la utilización del molde del derecho subjetivo para declarar inviolables ciertos bienes morales (el llamado “lenguaje de los derechos”) y la atribución de un significado ontológico y no convencional al término “persona” (personalización).
- 3º) El vocablo “persona”, en el ámbito jurídico, ha pasado por tres grandes etapas: la primera, aquella en la que no se le atribuye una peculiar significación jurídica; la segunda, la que se la concibe como un término técnico-formal, y la tercera, que lo destaca como la base institucional sobre la cual se puede edificar un orden jurídico respetuoso de la igual dignidad y derechos de todos los seres humanos sin discriminaciones.
- 4º) En este contexto, la propuesta de excluir el problema de la calificación de la persona del debate sobre la protección jurídica de la vida, tiene como resultado la retirada del orden jurídico de la cobertura de tutela de ciertos segmentos de la vida humana. El calificar la vida humana como valor o bien jurídico, separado de su sustrato personal individual, pero manteniendo a la vez para otras esferas la noción institucional de persona y el lenguaje de los derechos, conduce irremediablemente a una cosificación de ciertas existencias humanas y a una contradicción evidente con las postulados teóricos del proceso de personalización del Derecho.
- 5º) Una relectura de nuestro Código Civil, bajo las nuevas coordenadas de este proceso “personalizador”, debe conducir a afirmar la personalidad, y el derecho a la vida del que está por nacer en nuestra legislación positiva civil. Con mayor razón, ha de afirmarse ello en el plano constitucional, sin que la introducción de la palabra “personas” en el art. 1º de la Constitución unido al verbo “nacer” pueda convertirse en una razón para privar de amparo constitucional a un ser humano, que la misma Constitución incluye como titular del derecho a la vida (art. 19 N° 1). La jurisprudencia disponible sobre protección de los no nacidos afirma la idea de su subjetividad como personas y titulares del derecho a la vida.

- 6º) En nuestro sistema jurídico, desde la Carta Fundamental, pasando por los tratados internacionales sobre Derechos Humanos (en especial, la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica) debe considerarse que los conceptos de “ser humano”, “persona” y “derecho inviolable a la vida” están esencialmente vinculados. Por tal razón, si el ser humano es tal desde el momento de la fecundación del huevo por el espermio debemos reconocer que, tanto en el ámbito constitucional como civil, ya hay una persona que merece tutela jurídica contra las amenazas que se ciernen sobre su derecho a nacer y vivir.

