

# Puntos de Referencia

Edición online  
N° 462, julio 2017

## El *nasciturus* como persona: lectura incompleta, doctrina distorsionada

Lucas Sierra

### Resumen

**E**n este texto sostengo que la vida humana intrauterina en nuestro Derecho no tiene el estatuto jurídico de persona. La vida humana intrauterina es valiosa para el Derecho, de esto no hay duda, pero no en tanto persona. La persona humana principia con el hecho del nacimiento. No hay otra interpretación que ésta a la luz de la ley y de la Constitución: las reglas legislativas y constitucionales relevantes en esta materia guardan armonía entre sí, y permiten una interpretación sistemática consistente y fluida, si y sólo si, la persona comienza al nacer.

Dichas reglas son, básicamente, los artículos 55, 56 y 74 del Código Civil, y los artículos 10 y 19 número 1° de la Constitución. Si se sostiene que la persona humana comienza con la concepción y no con el nacimiento, el sistema normativamente armónico que configuran estas y otras disposiciones entra en tensión consigo mismo, se distorsiona, pierde sentido.

En Chile, sin embargo, hay autores y decisiones jurisdiccionales que sostienen que el *nasciturus* es persona. Se basan en una lectura incompleta de lo dispuesto en el artículo 55 del Código Civil. Al hacer esto, además de distorsionar ese armónico entramado normativo, hacen pagar un alto precio a la democracia representativa, pues amarran las manos del legislador en una materia sobre la cual la Constitución ordena que dichas manos tengan relativa libertad.

En lo que sigue, desarrollo este argumento en tres partes. Primero, (I), describo la doctrina que pretende extender el estatuto jurídico de persona a la vida intrauterina. Luego, (II), argumento las razones por las cuales dicha doctrina es insostenible a la luz de nuestro Derecho. Por último, (III), avanzo unas conclusiones.

---

**Lucas Sierra.** Abogado, profesor de Derecho en la Universidad de Chile y Subdirector del CEP.

## I. Lectura incompleta

Se ha escrito sosteniendo que la vida intrauterina tendría en nuestro Derecho el estatuto de persona. La siguiente cita de Hernán Corral resume bien el núcleo de la posición:

¿Cómo se concilia la definición del art. 55 con la existencia legal del art. 74 CC? La única forma es dar preeminencia, como norma general y además como definición legal, a la norma del art. 55 y reconocer que el concebido, desde el momento de la fecundación, es persona, es sujeto de derechos. La norma del art. 74 es una norma especial, que debe interpretarse restrictivamente, y que se refiere sólo a la consolidación de la capacidad para adquirir y ejercer derechos patrimoniales. La existencia legal no es la existencia jurídica de la persona, es sólo su aptitud para conservar y ejercer derechos patrimoniales: esta no se tiene sólo por la concepción y se debe esperar al nacimiento. Pero para todos los demás efectos, la persona ya existe y es tutelada por el mismo Código Civil (Corral, 2010, 11).

Y en otra parte del mismo texto, el profesor Corral agrega:

(...) cuando el art. 74 del Código se refiere a “existencia legal” no alude al comienzo de la personalidad, sino sólo a la capacidad patrimonial, es decir, a la aptitud para adquirir derechos de carácter económico o avaluables en dinero. Es esta cualidad de la persona, la capacidad patrimonial, la que la ley civil conecta al hecho del nacimiento y no el comienzo jurídico de la personalidad. El inicio de la personalidad es anterior, ya que, conforme al mismo Código, debe conectarse al instante previo de la concepción del nuevo ser humano. Hay que distinguir dos conceptos que son diferentes en el Código: 1) el comienzo de la persona y de la personalidad propiamente tal, y 2) el inicio de un aspecto de ella, cual es la consolidación de la capacidad patrimonial. Es esta última la que el Código denomina

“existencia legal” y la posterga hasta el nacimiento (Corral, 2010, 5).

Según este autor, esta doctrina se apoya en la siguiente lectura del artículo 55 del Código Civil:

(...) el argumento contextual nos permite dar un paso más, si miramos una norma contenida en otro párrafo. Se trata del art. 55 del Código que dice que Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición” (Corral, 2010, 10).

Esta doctrina también se ha manifestado en alguna jurisprudencia. Por ejemplo, una vez el Tribunal Constitucional sostuvo por mayoría de votos:

QUINCUGESIMOCTAVO: Que de los antecedentes recordados puede concluirse que la intención del Constituyente fue confiar al legislador las modalidades concretas de protección de la vida del que está por nacer en el entendido que se trata de un ser existente e *inserto en la concepción de persona, en cuanto sujeto de derecho*, a que alude el encabezado del artículo 19. Este mandato al legislador importa la protección de un derecho y no sólo del bien jurídico de la vida, distinción que no es menor para estos sentenciadores (Tribunal Constitucional, 2007. Énfasis agregado).

Esta es una doctrina distorsionada, insostenible a la luz de nuestro Derecho. La distorsión se inicia con la lectura del artículo 55 del Código Civil, que es incompleta, pues omite la segunda y última parte de dicho artículo, que es crucial para hacer un sentido sistemático de la legislación. Esta última agrega que las personas humanas definidas en la primera parte del artículo, se dividen en “chilenos y extranjeros.” Es decir, la amplitud con que las personas parecen ser definidas en la primera parte, no es tanta si se lee la disposición completa. Completa dice que son personas los individuos de la especie humana que sean chilenos o extranjeros. La definición está calificada por la nacionalidad. Y el siguiente artículo del Código

Civil, el 56, muestra el camino para entender esta calificación: “Son chilenos los que la Constitución del Estado declara tales. Los demás son extranjeros”.

Aquí se forma, entonces, un entramado legislativo-constitucional que es perfectamente armónico si se considera el artículo 55 completo, en relación con el artículo 56 que remite al intérprete a la Constitución. La forma en que la Constitución trata el punto nos servirá, en la sección que sigue, para demostrar que la doctrina que sintetiza la cita del profesor Corral hecha más arriba es jurídicamente distorsionada.

## II. Doctrina distorsionada

Esta parte se subdivide en cuatro secciones. La primera se refiere al vínculo entre la ley y las disposiciones constitucionales sobre la nacionalidad. La segunda explica la forma en que el entendimiento armónico de estas disposiciones permite, a su vez, el entendimiento armónico de un conjunto de disposiciones legislativas. A partir de esto, la tercera vuelve a la Constitución y al modo en que es necesario preservar el carácter armónico de la interpretación jurídica. Por último, la cuarta muestra que esta interpretación ha sido la tradicional en nuestra dogmática civilista.

### 2.1. Constitución y nacionalidad

Los artículos del Código Civil recién citados remiten a las disposiciones constitucionales sobre la nacionalidad. ¿Qué dice la Constitución vigente sobre ella? Su artículo 10 dispone:

Son chilenos:

1º.- Los *nacidos* en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena;

2º.- Los hijos de padre o madre chilenos, *nacidos* en territorio extranjero. Con todo, se requerirá que alguno de sus ascendientes en línea recta de primer o segundo grado, haya adquirido la nacionalidad chilena en virtud de lo establecido en los números 1º, 3º ó 4º;

3º.- Los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley, y

4º.- Los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley.

La ley reglamentará los procedimientos de opción por la nacionalidad chilena; de otorgamiento, negativa y cancelación de las cartas de nacionalización, y la formación de un registro de todos estos actos (Énfasis agregado).

Esta es una regulación que se remonta largo tiempo en la historia constitucional de Chile. Así, el artículo 5 de la Constitución de 1925 disponía:

Son chilenos:

1.o Los *nacidos* en el territorio de Chile, con escepcion de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que podrán optar entre la nacionalidad de sus padres y la chilena;

2.o Los hijos de padre o madre chilenos, *nacidos* en territorio extranjero, por el solo hecho de avecindarse en Chile. Los hijos de chilenos nacidos en el extranjero, hallándose el padre o la madre en actual servicio de la República, son chilenos aun para los efectos en que las leyes fundamentales, o cualesquiera otras, requieran nacimiento en el territorio chileno;

3.o Los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalizacion en conformidad a la lei, renunciando espresamente su nacionalidad anterior. No se exigirá la renuncia de la nacionalidad española respecto de los nacidos en España, con más de diez años de residencia en Chile, siempre que en ese país se conceda este mismo beneficio a los chilenos, y

4.o Los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por lei.

(...)

La lei reglamentará los procedimientos para la opción entre la nacionalidad chilena y una extranjera; para el otorgamiento, la negativa y la cancelación de las cartas de nacionalización, y para la formación de un Registro de todos estos actos (Énfasis agregado).

A su vez, el artículo 6 de la Constitución de 1833 ordenaba:

Son chilenos:

1° Los nacidos en el territorio de Chile;

2° Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero, por el sólo hecho de avecindarse en Chile. Los hijos de chilenos nacidos en territorio extranjero, hallándose el padre en actual servicio de la República, son chilenos aun para los efectos en que las leyes fundamentales, o cualesquiera otras, requieran nacimiento en el territorio chileno;

3° Los extranjeros que, habiendo residido un año en la República, declaren ante la Municipalidad del territorio en que residen su deseo de avecindarse en Chile i soliciten carta de ciudadanía;

4° Los que obtengan especial gracia de naturalización por el Congreso (Énfasis agregado).

Come se ve, la regulación que de la nacionalidad han hecho estas tres constituciones consecutivas a lo largo de los siglos es prácticamente igual: tienen la nacionalidad chilena, es decir son chilenas y chilenos, los nacidos en el territorio de Chile o los nacidos en el territorio extranjero bajo ciertas condiciones. En cualquiera de estas hipótesis, el hecho del nacimiento es esencial. No hay nacionalidad sin nacimiento.

## 2.2. Coherencia legislativa

El artículo 6 de la Constitución de 1833 recién citado es especialmente relevante aquí porque era el

que definía la nacionalidad al entrar en vigencia el Código Civil. Andrés Bello conocía bien la Constitución de 1833, parece seguro que la tuvo presente al redactar, 20 años después, el artículo 55 del Código Civil, en especial su última parte. Esa parte que la doctrina que aquí critico se esmera en omitir: “Divídense [las personas] en chilenos y extranjeros”. Teniendo esto en mente, se puede volver sobre el artículo 74 del mismo Código Civil, cuya interpretación resulta ser parte de un todo hermenéutico consistente y armónico:

La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

Es difícil pensar que el Código Civil haya contemplado un estatuto jurídico de semejante entidad como el de persona para la criatura que se encuentra en el vientre de su madre, sin que Andrés Bello hubiera dejado una nota o explicación de algo tan grande y simbólico como esto, en el Mensaje con el que el proyecto de Código fue presentado al Congreso o en otra parte. No hay, sin embargo, nota alguna al respecto.<sup>1</sup>

No la hay porque no es necesaria a la luz del artículo 55 del Código Civil completo, con la referencia que hace a la nacionalidad y, con ella, al hecho del nacimiento. Y esta referencia al nacimiento permite conectar en armonía, fluidamente, sin necesidad de excesos argumentativos, lo dispuesto en los artículos 55 y 74. Las personas del artículo 74 son las mismas del artículo 55, comparten una sola

<sup>1</sup> Las redacciones de los artículos 55 y 74 del Código Civil ya estaban presentes prácticamente idénticas en el Proyecto de 1853 y en el denominado “Proyecto inédito”. No hay referencia alguna a la posibilidad de una existencia “natural” de las personas, distinta a la legal (Bello, 1981, 65, 76-77).

existencia, pues, como se dividen en chilenos y extranjeros, todas tienen existencia legal a partir del nacimiento.

Al discutir sobre el estatuto jurídico de persona, por tanto, hay que leer el artículo 55 completo. De lo contrario, si se lee sólo la primera parte, se distorsiona el discernimiento de un conjunto de disposiciones. Por ejemplo, la del artículo 181 del Código Civil: “La filiación produce efectos civiles cuando queda legalmente determinada, pero éstos se retrotraen a la época de la concepción del hijo (...)”. La filiación queda legalmente determinada al momento del nacimiento (como la nacionalidad). El hecho de que sus efectos se retrotraigan a la época en que se presume la concepción, no autoriza a concluir que la ley le otorga estatuto de persona al *nasciturus*, ni siquiera porque habla de “hijo”, como sostiene Corral (2010, 11). La ley habla de “hijo” porque éste ha nacido y los efectos de la filiación se retrotraen al tiempo que es dable presumir entre la concepción y el parto de ese hijo. Esto es coherente con la posibilidad general que establece la ley civil de constituir o asignar derechos a una criatura bajo la condición de que nazca y se transforme en persona. La regla general a este respecto está en el artículo 77 del Código Civil:

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 2º, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.

En otras palabras, la ley no está transformando a la criatura que está todavía en el vientre materno en “hijo”, sino que retrotrae los efectos de la filiación, u otros efectos jurídicos, al tiempo en que dicho hijo fue una criatura dentro del vientre materno. Por

esto, la ley autoriza a constituir derechos u efectos jurídicos condicionados al nacimiento de una persona. Esto no significa, de nuevo, que la legislación se tense consigo misma al poner en veredas enfrentadas las disposiciones de los artículos 55 y 74 del Código Civil, como si la primera abarcara al *nasciturus*, y la segunda no. Nada de esto se necesita ni menos se justifica, de nuevo, al leer el artículo 55 completo, sin omitir la referencia a la nacionalidad.

Esta lectura sistemática de la legislación permite entender la relación entre otros dos artículos del Código Civil de manera armónica, sin que sea necesario desfigurarlos. Por ejemplo, los artículos 25 y 26 del Código Civil. El artículo 25 dispone:

Las palabras hombre, persona, niño, adulto y otras semejantes que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán comprender ambos sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que por la naturaleza de la disposición o el contexto se limiten manifiestamente a uno solo. Por el contrario, las palabras mujer, niña, viuda y otras semejantes, que designan el sexo femenino, no se aplicarán al otro sexo, a menos que expresamente las extienda la ley a él.

El artículo 26, por su parte, dispone:

Llámase infante o niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.

Al respecto, Corral ha escrito:

Aunque algunos preceptos del Código llaman al concebido “criatura”, en rigor, por disposición del art. 26 CC, debe ser calificado de “infante o niño”, ya que no ha cumplido siete años. Es claro que esta expresión no se aplica sólo a los individuos nacidos,

puesto que el art. 25 CC considera que la palabra niño se aplica “a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo” y, por tanto, incluye a todos, nacidos o sólo concebidos. Siendo niño debe ser considerado una persona absolutamente incapaz para ejercer sus derechos, conforme al art. 1447 CC (2010,11).

Si se acepta lo que sostiene el profesor Corral estamos en un problema, en el que subyace una tensión artificialmente generada entre ambos artículos: ¿cómo computamos la edad? Hay un entendimiento y una práctica unánime en que las edades del recién citado artículo 26 empiezan a contarse desde el día del nacimiento. De hecho, las celebraciones de los cumpleaños suelen ser ese preciso día. La tesis de Corral, si es consistente, debería cambiar esta fecha por la de la concepción, si pudiera determinarse con precisión, o la de la presunción legal del artículo 76 del Código Civil, lo que dejaría un abanico de fechas para celebrar el cumpleaños. Pues es necesariamente inconsistente sostener que el *nasciturus* es infante o niño porque no ha cumplido siete años y, al mismo tiempo, computar su edad —por ejemplo, los siete años en que deja de ser infante o niño—, desde la fecha de su nacimiento, pues debería ser la de su concepción.

La necesidad de leer completo el artículo 55 se hace de nuevo patente si se quiere evitar otra distorsión en la legislación y, como veremos más abajo, también al interior de las reglas constitucionales. Se trata del artículo 75 del Código Civil:

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.

La pregunta inevitable aquí es ¿por qué el legislador estableció este precepto si, como sostiene la doctrina que vengo criticando, el estatuto de persona se constituye al momento de la concepción? ¿Por qué, siendo el *nasciturus* persona, hacía falta esta disposición? Si la ley protege la vida de todas las personas ¿por qué fue necesario expresar, excepcionalmente, que ella protege la del que está por nacer?

Si se considera el artículo 55 completo, la respuesta fluye del Derecho sin fricciones hermenéuticas: el que “está por nacer”, el “no nacido”, la “criatura que [la madre] tiene en su seno”, no es persona, porque no ha nacido. Pues, porque no ha nacido, le es inaplicable la distinción fundamental entre chilenos y extranjeros en que se dividen todas las personas.

Pero el hecho de que el *nasciturus* carezca del estatuto de persona no significa que su existencia sea irrelevante para el Derecho. Por el contrario, el artículo 75 del Código Civil es una elocuente manifestación de la relevancia jurídica que tiene el *nasciturus*. También lo son otras disposiciones de este Código, algunas ya citadas aquí, otras no, como, por ejemplo, los artículos 77, 181, 243, 354, 356, 485 y 486.

Esta relevancia que la vida intrauterina tiene para el Derecho puede derivarse de distintas razones: la valoración de la vida humana, la expectativa de una futura persona, la autonomía de la voluntad en relación con esa futura persona, la simpatía moral que suscita la morfología humana, la creación divina para los creyentes; en fin, pueden ser todas ellas, algunas, y puede haber también otras razones. Pero lo que está claro desde antiguo, es que esa valoración no se debe a que el *nasciturus* sea una persona: su vida es valiosa por otras razones. Esta reflexión nos lleva de nuevo a las reglas constitucionales.

### 2.3. Coherencia constitucional

Otra de las disposiciones constitucionales importantes en esta discusión es el artículo 19, numeral 1º, primer inciso: “La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a la vida y a la integridad física y síquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer”. La historia del establecimiento de esta norma es útil para discernir armónicamente el entramado legislativo-constitucional relevante en estas materias.

En su Sesión 87º, celebrada en 14/11/1974, la Comisión Constituyente que empezó a trabar en el texto original de la Constitución que nos rige, consideró la propuesta que hizo uno de sus miembros, Jaime Guzmán, en el sentido de que, al garantizar el derecho a la vida, se añadiera el derecho a la vida del que está por nacer.<sup>2</sup>

La propuesta fue discutida por los miembros de la Comisión durante esa sesión y durante las que siguieron los días 19, 21 y 25 de noviembre de 1974 (Sesiones 88ª, 89ª, y 90ª, respectivamente). La discusión se explicaba porque al extender el derecho a la vida al *nasciturus* se estaba introduciendo un cambio profundo al estado de cosas que sobre estas materias existía en Chile, al menos, desde la dictación del Código Sanitario en 1931. Este estado de cosas consistía en que el aborto no se prohibía en todos los casos. Garantizar un derecho a la vida de un *nasciturus* implicaba la necesidad de prohibir el aborto en todos los casos. Pero los demás miembros de la Comisión no quisieron ir tan lejos como proponía Jaime Guzmán. Ellos querían mantener la competencia de la potestad legislativa para seguir regulando de alguna manera el aborto. No querían suprimirla.

Tempranamente en el debate de la Comisión surgió lo dispuesto en el artículo 75 del Código Civil como una forma de salvar la tensión producida por la prohibición absoluta, propuesta por uno, y la tradicional prohibición relativa, defendida por los restantes miembros. Al respecto, sostuvo Enrique Evans en la Sesión 87ª:

(...) que comparte, desde el punto de vista de la convicción moral y religiosa, los criterios sustentados por el señor Guzmán. Cree, como él, que nadie tiene derecho a privar de la vida al que está por nacer, cualesquiera que hayan sido las circunstancias de la concepción. Estima que, desde la posición de la moral individual, para quienes tienen la convicción religiosa del señor Guzmán, que él comparte, para quienes creen que desde el momento de la concepción ese ser tiene alma, no hay duda de que el aborto está proscrito. Pero donde sí le asaltan dudas es si se tiene el derecho de proyectar esa concepción personal e individual a la vida colectiva en una sociedad pluralista. Al respecto, señala que estaba leyendo el artículo 75 del Código Civil, en el cual se señala que: “La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido”. Estima que ese precepto puede trasladarse al texto constitucional, pero tiene dudas respecto de si éste debe ser absoluto en esta materia, como parece ser la posición del señor Guzmán, en el sentido de la proscripción del aborto, o ser una norma flexible que establezca lo mismo, pero que autorice al legislador para privar de la vida al que está por nacer, en ciertos casos sin que constituya delito, especialmente cuando se trate de un aborto terapéutico. Estima, en consecuencia, que si se va a consagrar el derecho a la vida, debe consagrarse, también, el derecho a la vida del que está por nacer, pero dejando abierta la posibilidad para que el legislador el día de ma-

<sup>2</sup> Las referencias que siguen son hechas a las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente.

ñana, según lo requieran las condiciones sociales, pueda, en determinadas circunstancias, proceder con cierta flexibilidad.

En la misma línea argumental, Jorge Ovalle agregó:

(...) En su primera proposición había formulado que no se entrara en la casuística y simplemente se consagrara el derecho a la vida, pero no se opondría a una declaración genérica como la que contiene el artículo 75 del Código Civil y al cual se refirió el señor Evans. No se opondría, porque cree que se debe proteger la vida del que está por nacer. Distinto es el juego de derechos que va a concurrir cuando está comprometida la vida de la madre y del hijo; cuando esté comprometida la salud de la madre por la existencia del hijo, y ya no la vida; cuando esté comprometida la dignidad de la madre o de su familia, que también puede tener marido y otros hijos; cuando sucede el caso de violación. Entonces allí juegan socialmente diversos valores. No se trata de que no se respete el derecho a la vida del que está por nacer. Es que la vida, derecho del que está por nacer, está en juego con la salud, la dignidad, la vida y la existencia de un matrimonio, en fin, con muchos valores que entran en pugna. Entonces el legislador no desconoce ese derecho a la vida, sino que tiene, por el contrario, que resolver esa confluencia de derechos y cuáles son, en su conjunto, más dignos de protección desde el punto de vista que le interesa al legislador, que es la comunidad que él representa.

Finalmente, la Comisión aprobó un texto que es prácticamente idéntico al que hoy se despliega en el artículo 19, numeral 1º, primer inciso, ya citado. La propuesta de Jaime Guzmán fue rechazada, pero a cambio se importó lo dispuesto en el artículo 75 del Código Civil al texto constitucional. En la Sesión 90ª el Presidente de la Comisión, Enrique Ortúzar, sintetizó así la decisión que tomaron:

(...) considera que el silencio [sobre del aborto] significa que no se condena el aborto terapéutico, para precisar un caso, y así se ha entendido, pues por ello existe el propósito de escoger la fórmula de que la ley protegerá la vida del que está por nacer, ya que lo que no se ha querido hacer es adoptar ni una ni otra fórmula extrema en la Constitución, vale decir, ni condenarlo ni hacerlo permisible explícitamente, *sino que dejar entregada a la ley la protección de la vida del que está por nacer*. Agrega que dentro de esta facultad que tendrá el legislador, se podrá no considerar delito el aborto terapéutico —como entiende que hoy día no lo es— ya que sólo la práctica maliciosa del aborto está penada por el Código Penal, pero el aborto terapéutico no se encuentra sancionado por dicho texto legal. Estima que si se va a establecer en la Carta Fundamental un precepto que no lo hace admisible en caso alguno y, por el contrario, lo hace condenable, es evidente que deberá estar sancionado por el Código Penal. Manifiesta que, en resumen, entiende que se ha querido hacer una diferencia entre el precepto que consagra el derecho a la vida y la disposición que entrega al legislador el deber de proteger la vida del que está por nacer. Agrega que en el primer caso, se trata de consagrar en forma absoluta el derecho a la vida, y en el segundo, se desea dejar cierta elasticidad para que el legislador, en determinados casos, como, por ejemplo, el aborto terapéutico, no considere constitutivo de delito el hecho del aborto. Señala que, a su juicio, la única solución lógica sería ésta, pues no significa imponer las convicciones morales y religiosas de los miembros de la Comisión a la comunidad entera, a la cual va a regir la Constitución Política (Énfasis agregado).

Esta es la lectura que permite la convivencia armónica al interior del entramado legislativo-constitucional relevante para esta discusión. Dentro de dicho entramado, el que está por nacer es valioso para el Derecho al punto que se establece la obli-



gación constitucional expresa de darle protección legislativa. Pero no tiene un estatuto de persona, no es valioso en tanto persona.

De otro modo, y al igual a lo que pasa respecto del artículo 75 del Código Civil a nivel legislativo, no se entendería a nivel constitucional la distinción que el artículo 19 numeral 1° de la Constitución hace entre el derecho a la vida de las personas, por una parte, y, por la otra, el mandato al legislador para que proteja la vida del que está por nacer. Porque si el que está por nacer fuera persona, la distinción no tendría sentido por superflua o, si se le quisiera dar a la fuerza un sentido, significaría que, no obstante asegurarse el derecho a la vida de todas las personas, el legislador no estaría obligado a proteger la vida de las personas nacidas, sólo la de las que están por nacer.

La interpretación sistemática, entonces, de la Constitución y la ley en estas materias no deja alternativa sino concluir que la persona humana comienza al nacer. No hay otro modo de entenderlo al leer la última parte del artículo 55 del Código Civil, que remite a una nacionalidad que constitucionalmente está asociada al nacimiento. Esta idea, la que el *nasciturus* es valioso, pero no es persona, ha sido la doctrina tradicional y mayoritaria en nuestro derecho, como se verá a continuación.

## 2.4. La tradición del Derecho Civil

En apoyo de la doctrina que aquí se critica, el profesor Corral se remite a uno de los fundadores de nuestra dogmática del Derecho Civil, Luis Claro Solar, citando esta frase de su obra *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*: “Distingue el Código entre la existencia natural y la existencia legal de la persona. Aquella principia con la concepción; pero es sólo el nacimiento el que determina la personalidad legal (...)” (Corral, 2010, 3).

¿Significa esto que Claro Solar sostenía que el *nasciturus* es persona? En absoluto. En ninguna parte de su obra él considera la criatura en el vientre materno, que tiene una existencia “natural”, tenga el estatuto jurídico de persona. Por el contrario, él niega semejante conclusión:

Pero si la existencia legal de la persona principia al nacer, anteriormente al nacimiento ha transcurrido un tiempo más o menos largo, durante el cual el cual el niño vive aunque no con vida propia e independiente, sino íntimamente ligado a su madre, y la ley toma en cuenta esa existencia para garantizar su conservación y asegurar los derechos que han de corresponder a la criatura si llega realmente a tener una vida independiente. Antes del nacimiento la capacidad legal del niño es nula, pues no puede tener propiedades, ni créditos, ni deudas, *no es una persona cuya representación sea necesaria o posible*. Por una ficción, sin embargo, se le asimila al niño ya nacido para asegurarle la adquisición de los derechos que le corresponderán el día de su nacimiento y velar porque este nacimiento se efectúe (Claro Solar, 2013, 212. Énfasis agregado).

Conviene al respecto citar también el siguiente párrafo de Claro Solar:

Las legislaciones modernas han reconocido también esta diferencia fundamental entre el principio legal de la persona y el principio de su existencia natural y sin conceder la capacidad de derecho a la criatura que está por nacer, le garantizan, dejando esos derechos en suspenso, su adquisición posterior cuando el nacimiento se efectúe, considerándola como si jamás hubiese existido si el nacimiento no llega a constituir, sea por la falta de viabilidad o por haber nacido muerto o no sobrevivir a la separación completa de su madre, según hemos visto, un principio de existencia. Sólo el Código de la República Argentina considera personas a los que están por nacer. “Son personas por nacer los que no habiendo nacido están concebidos en

el seno materno”, dice el artículo 63 y en la nota referente a este artículo, su autor critica la disposición del artículo 74 de nuestro Código como contraria a los principios. Sin embargo, el mismo Código argentino reconoce que la criatura que muere antes de estar completamente separada de su madre se considera como si no hubiera existido jamás, lo que importa aceptar que la existencia anterior al nacimiento es una mera ficción, subordinada exclusivamente al hecho de la verdadera existencia (Claro Solar, 2013, 213. Énfasis en el original).

Y remata en relación con lo dispuesto en los artículos 74 inciso segundo y 77 del Código Civil:

Es sólo una ficción la que hace considerar existente a la criatura en el momento en que fue llamada a adquirir un derecho, a aceptar o repudiar una herencia, legado o donación, ficción subordinada al hecho del nacimiento de esa criatura con vida, de tal modo que si muere en el vientre materno, o perece antes de estar completamente separada de su madre, o no sobrevive un instante siquiera a la separación, se reputa no haber existido jamás y los derechos que le hubieran correspondido no pasarán a otras personas. *Esta ficción basta para el propósito perseguido por el legislador, sin que sea necesario atribuir a la criatura por nacer una capacidad que supone vida propia e independiente* (Claro Solar, 2010, 214. Énfasis agregado).

Exactamente la misma doctrina es recogida en otro pilar de la dogmática civilista chilena: el Tratado de Derecho Civil. Para este texto, como para Claro Solar, hay una “existencia natural” anterior al nacimiento, pero es éste, el hecho del nacimiento, el “generador de personalidad” (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 1998, 359). Y, por lo mismo, agrega en relación con el carácter del derecho de la criatura que está por nacer:

No puede ser un derecho bajo condición suspensiva. Las personas a las que corresponderían los derechos si no nace legalmente el niño tienen un derecho bajo la condición suspensiva de que el nacimiento no constituya un principio de vida. De manera que si para estas personas el derecho es condicional suspensivo, no lo puede ser también para la criatura que está en el vientre materno, porque dentro de la ciencia jurídica es inconcebible que un derecho esté subordinado a una misma especie de condición para dos o más personas de intereses opuestos. Tampoco puede ser el derecho de la criatura que está por nacer condicional resolutorio. La condición resolutoria implica un derecho actual, y el mismo legislador en el artículo 485 habla de “los bienes *que han de corresponder* al hijo póstumo, si nace vivo...”, con lo cual está expresando que el hijo, antes de nacer vivo, no tiene el derecho. Ade-  
más, si aceptáramos que el derecho de la criatura  
está sujeto a condición resolutoria, querría decir  
que alguien que no es persona puede adquirir bie-  
nes. El derecho de la criatura que está en el vientre materno tampoco es un derecho eventual. No hay  
derechos eventuales si el titular de una situación  
jurídica no existe o está todavía indeterminado, porque, como todo derecho, el eventual encuentra su fundamento en una relación entre un sujeto de derecho y una regla jurídica, y mientras la criatura  
no nace no hay sujeto de derecho (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 1998, 364-365. Énfasis en el original, subrayado agregado).

Como se desprende de las citas de estos autores, el núcleo de la tradición civilista chilena no incurre en la distorsión en que incurre la doctrina que este texto critica. Para dicha doctrina, la existencia legal producida por el nacimiento es sólo una “aptitud para conservar y ejercer derechos patrimoniales”, como afirma el profesor Corral, extendiendo forzosamente la personalidad a la concepción. Esto contradice lo dispuesto por

las disposiciones legislativas y constitucionales citadas, y por la tradición civilista, para las cuales la existencia natural del *nasciturus* es valiosa, por su potencia de convertirse en persona al nacer y, por lo mismo, porque posibilita el ejercicio por terceras personas de la autonomía de la voluntad a su respecto, sujeta a la condición del nacimiento.

Si se obrara en consecuencia con la doctrina que aquí se critica, los efectos prácticos de considerar persona al *nasciturus* son insospechados. Habría que modificar un enorme conjunto de reglas jurídicas. Las que regulan la nacionalidad, por lo pronto. También reglas civiles (todas las que se han citado en este trabajo, desde luego) y penales, ya que se podrían cometer varios delitos contra la “persona” que está por nacer. Por ejemplo, los insultos proferidos contra una mujer embarazada, extendidos a la criatura que lleva en su vientre, podrían dar lugar al delito de injurias contra dos personas. Las mujeres embarazadas no podrían ser privadas de libertad, porque, al mismo tiempo, se estaría privando de libertad a una “persona” inocente. La imaginación puede ser aquí ilimitada, como ilimitadas pueden ser las absurdas consecuencias jurídicas de considerar persona al *nasciturus*.

Nada de esto es necesario si nos apegamos a la sensata y prudente tradición que tenemos. Ésta fluye con naturalidad de la interpretación sistemática del conjunto de reglas legislativas y constitucionales citadas en este texto, como de las demás aplicables en esta materia.

Junto con respetar la coherencia de dicho entramado normativo, evitando distorsionarlo, la doctrina tradicional permite al legislador cumplir el mandato que en estas materias le impone la Constitución. Este mandato se encuentra en el artículo 19 numeral 1° del texto constitucional el que, como sabemos, junto con garantizar el derecho a la vida

de todas las personas ordena al legislador proteger la del que está por nacer.

Este mandato constitucional sólo tiene sentido, y se hace factible, si la vida que está por nacer no es considerada persona. La conclusión que sigue se dedica a este punto crucial para el autogobierno colectivo en democracia.

### III. Conclusión

Fiel a la sensata tradición jurídica reseñada en estas páginas, la Constitución no considera persona al *nasciturus*, a fin de que el legislador tenga sobre su regulación una relativa mayor libertad. Esta relativa mayor libertad es la única manera de dar cabida y consideración a un interés que es ineludible en esta materia: el de la madre.

Si el *nasciturus* es persona, el interés materno contrapuesto a su vida sólo podrá tener una cabida mínima, igual o menor a la cabida que tiene el interés de una persona nacida contrapuesto a la vida de otra persona nacida. Si se asume en el contexto de un embarazo que hay un conflicto entre los intereses de dos “personas”, no habría espacio para la orden que la Constitución da al legislador de proteger la vida del que está por nacer. La única alternativa para el legislador sería la prohibición, tal como se prohíbe terminar con la vida de una persona nacida. En este escenario el interés de la madre no tiene cabida.

Considerar la vida del *nasciturus* como algo valioso, pero no por ser persona, permite a la comunidad política representada por el legislador deliberar, ponderando los dos intereses en juego: el de la madre y el interés por la vida intrauterina. Así se puede determinar el sentido y alcance de la obligación que el constituyente ha impuesto al legislador de proteger al *nasciturus*. Se hace factible de este modo el cumplimiento razonado de este mandato.

Tanto la interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales y legislativas, como la doctrina tradicional citadas en este texto, abren la posibilidad del discernimiento colectivo que ordena la Constitución. La doctrina que se ha criticado en estas páginas, en cambio, la clausura. Y no sólo la clausura, sino que lo hace distorsionando un antiguo y coherente entramado legislativo-constitucional.

## Referencias

Actas Oficiales de la Comisión Constituyente.

[https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes\\_const\\_1980](https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980)

Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio, 1998. *Tratado de Derecho Civil. Parte preliminar y general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, Tomo Primero.

Bello, Andrés, 1981. *Obras Completas de Andrés Bello*. Caracas: Fundación La Casa de Bello. Tomo XIV, Segunda Edición Facsimilar.

Claro Solar, Luis, 2013. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile), Tomo I.

Corral, Hernán, 2010. "La existencia legal de toda persona principia al nacer': una nueva lectura para una vieja norma". *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, 311-326. <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/existencialegal.pdf> Las referencias en este trabajo están hechas a las páginas de esta edición en línea.

Tribunal Constitucional. Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad", aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud. ROL N° 740-07. **PdR**