

## EL DERECHO A LA VIDA DEL *NASCITURUS* EN LA LEGISLACION CHILENA Y COMPARADA

*Solange Doyharçabal Casse*

Profesora de Derecho Civil

El análisis de legislaciones de distintos países muestra que ordenamientos jurídicos con una normativa similar en lo relativo a las personas naturales se distancian enormemente en cuanto al estatuto jurídico del ser humano concebido y no nacido. Los códigos oscilan entre posiciones diametralmente opuestas, que van desde atribuirle la calidad de persona, hasta negarle todo atisbo de subjetividad, calificándolo de parte de las entrañas de la madre, quien libremente puede decidir su eliminación. Más complejo aún resulta el caso del embrión que se encuentra en probeta.

Este trabajo pretende dar una visión somera de la normativa actual que afecta al ser humano ya concebido, pero que aún no ha nacido, en las legislaciones argentina, cuya línea de pensamiento, determinada por Vélez Sarsfield, se apartó del criterio romanista y francés de la época; en las de Perú y Chile, que alguna vez fueron similares, pero que hoy se distancian en el fundamento de la protección que brindan al *nasciturus*, y en la de Francia, que tristemente y, a pesar de las evidencias que día a día presenta la ciencia médica, ha retrocedido al punto de considerar que el hijo es sólo una parte del cuerpo de la madre, carente de protección como ser humano.

### I. DERECHO A LA VIDA, EN SU CALIDAD DE PERSONAL, DEL CONCEBIDO Y NO NACIDO, EN LA LEGISLACION ARGENTINA

En la historia de las Constituciones argentinas, el derecho a la vida y su protección fue reconocido en el Decreto de Seguridad Individual de 23 de noviembre de 1811, en el Estatuto Provisional de 5 de mayo de 1815, en el Estatuto Provisional de 22 de noviembre de 1816, aprobado por el Congreso de Tucumán y en las Constituciones de 1819 y de 1826.

La Constitución actual fue sancionada en mayo de 1853 por el Congreso General Constituyente reunido en Santa Fe y modificada en 1860-1866-1898-1957-1972 y 1994. En ella el derecho a la vida no está expresamente enumerado, pero el artículo 33 lo incluye implícitamente al decir que las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Precisamente este artículo se agregó con la modificación de 1860, y al discutirse su redacción en la Convención del Estado de Buenos Aires, entre los convencionales que estimaron que no procedía enumerar en forma taxativa los derechos humanos en el texto constitucional, se encontraba Vélez Sarsfield, futuro redactor del Código Civil, en cuya opinión no se podían “enumerar todos los

derechos que nacen de la naturaleza del hombre y del fin y objeto de la sociedad y de la soberanía del pueblo.”

La Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, cuyo artículo 4 consagra el derecho a la vida, declarándolo protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción, tiene en Argentina rango constitucional habiendo sido aprobada por Ley 23.054<sup>1</sup>.

Todo derecho supone un sujeto. ¿Tiene el *nasciturus* esta calidad en la legislación argentina? Indudablemente, puesto que el Código Civil lo reconoce como persona.

Sancionado por ley de 25 de septiembre de 1869, este texto legal entró en vigencia el 1 de enero de 1871. Su redactor, Vélez Sarsfield, se inspiró en el Esbozo de Código Civil del jurista brasileño Freitas, quien, a su vez, influido por el Código de Prusia, consagraba la personalidad de las criaturas que ya estaban concebidas en el seno materno. El texto de los artículos 53 y 221 del Esbozo, se repite en los artículos 63 y 70 del Código argentino, que son fundamentales para determinar el estatuto jurídico del concebido y cuyo texto es el siguiente:

*Art. 63:* “Son personas por nacer las que, no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno.”

*Art. 70:* “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuere por instantes después de estar separados de su madre.”

El artículo 74 cierra el sistema al decretar: “Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido.”

La jurisprudencia y la doctrina, en general, adhieren a estas normas, debiendo mencionarse entre los autores que manifiestan su conformidad a Busso, Bibiloni, Buteler, Borda, Spota, Llambías, Aráuz, Cástex, Rodríguez Varela, etc. No han faltado, sin embargo, voces discordantes. Salvat, en 1928, sostenía que era un error del Código considerar al concebido persona, porque orgánicamente es una entraña de la madre que vive y se nutre a sus expensas, repercutiendo sobre él cualquiera alteración del organismo materno. Orgaz, también en contra, considera equivocado asimilar vida humana con persona humana, porque si bien la vida humana se inicia con la concepción, la persona sólo comienza cuando se adquieren individualidad y autonomía, lo que ocurre con el nacimiento. Si se respeta la vida del *nasciturus* es por la eventualidad de la personalidad futura. Antes del nacimiento y después de la muerte no hay personalidad porque falta el portador o sustentador de ella. Atribuir, por lo tanto, personalidad al *nasciturus*, es una ficción inútil porque la misma protección se le puede brindar de acuerdo al sistema romano.

Estas críticas no han prosperado. Más interesantes son aquellas opiniones que coincidiendo plenamente con la atribución de personalidad al concebido,

<sup>1</sup> Firmada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22-XI-1969. Aprobada por la República Argentina según Ley 23.054 (sancionada el 1-3-84; promulgada el 19-3-84; publicada, B.O., 27-3-84).

juzgan que Vélez Sarsfield no llegó a las últimas consecuencias del sistema que adoptó y proponen modificar determinados artículos a fin de darle verdadera coherencia a la normativa vigente. Así, en lo que dice relación con la representación, el artículo 64 da lugar a ésta siempre que la persona por nacer hubiere de adquirir bienes por donación o herencia, lo que puede llevar a pensar que se trata de un curador de bienes; pero esto no es así porque la Ley 10.903 reformó el artículo 264 del Código Civil que dice actualmente que la patria potestad se ejerce desde la concepción de los hijos, lo que demuestra que los padres que la detentan son representantes del *nasciturus* en forma permanente y para toda clase de derechos, independientemente de que se le defiera una herencia o donación. En caso de no proceder la patria potestad, debería nombrársele un tutor que, llegado el caso, pudiera velar por los derechos extrapatrimoniales del concebido, en especial por su derecho a la vida.

Otro artículo poco satisfactorio es el número 74, puesto que de no nacer con vida la criatura se estima no haber existido jamás, con lo que se aniquila en forma retroactiva la personalidad que un día tuvo. Esta norma, aplicable en el caso de derechos patrimoniales deferidos al *nasciturus*, parece mal redactada, porque lo que en realidad se resuelve, si se cumple la condición de no nacer con vida, es el acto jurídico celebrado sobre los bienes, pero no la personalidad. Esta simplemente termina por la muerte, al igual que sucedería con cualquier ser humano<sup>2</sup>.

¿El derecho a la vida alcanza también al ser humano concebido que se encuentra en una probeta?

Es evidente que para el redactor del Código Civil, la posibilidad de fecundación extracorpórea era algo imposible de prever en su época, por lo que podría estimarse que los artículos 63, 70 y demás conectados con el tema no tendrían aplicación al concebido *in vitro*, mientras no haya sido implantado, pero la doctrina argentina reniega de esta interpretación literal, que tendría como consecuencia excluir de protección al embrión concebido fuera del claustro materno, mientras no se implantara en el útero, momento éste en que recién adquiriría personalidad<sup>3</sup>.

Los principales argumentos que se esgrimen en su favor son los siguientes:

1. Vélez Sarsfield pretendió proteger la vida humana desde el momento de la concepción, lo que quedó de manifiesto al suprimir el requisito de la viabilidad, que gozaba de gran aceptación en la época.
2. La Ley número 2.364, sobre patria potestad, sancionada en 1985, cuando ya se habían incorporado las técnicas de reproducción asistida, fue clara en el sentido de mantener el inicio del ejercicio de la patria potestad desde la concepción del hijo, sin distinguir dónde ella se produjo.
3. El Código Civil debe ser interpretado en forma humanista y finalista, acorde con la evolución de los avances científicos de nuestro tiempo, que desvanezca cualquiera hipótesis de antinomia legal o simplemente discrimi-

<sup>2</sup> Ver SANTOS CIFUENTES. El *nasciturus* (las personas por nacer), en revista "El Derecho", tomo 15, pp. 956 a 966.

<sup>3</sup> Ver BANCHIO. E.C. "El proyecto genoma humano frente a la ética y el derecho, separata estudios en honor de Pedro Frías, vol. III, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994.

nación en torno a la situación jurídica de los concebidos, según fuere el diverso lugar en que ocurre el contacto fertilizante de las células germinales<sup>4</sup>.

4. El Código Civil admite la interpretación análogica, lo que permite coonestar la falta de concepción en el seno materno que exige su artículo 70<sup>5</sup>.
5. El artículo 51 del Código Civil define la persona de existencia visible, atendiendo a los signos característicos de humanidad que presenta, característica que también se da en los concebidos *in vitro*<sup>6</sup>.
6. El Pacto de San José de Costa Rica, que en Argentina es ley de la República, predica la personalidad desde el momento de la concepción<sup>7</sup>.

Para cerrar el tema en el aspecto civil, digamos que una de las conclusiones de las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de San Juan en 1989, fue la declaración categórica de que "el embrión es titular del Derecho a la vida", desde el momento de la concepción, independientemente que ésta se haya producido en el vientre materno o en forma extracorpórea.

En el Libro II del C. Penal, "De los Delitos", título: "Delitos contra las Personas", Capítulo I, "Delitos contra la Vida", artículos 85 a 88, se legisla sobre el aborto.

Es un acierto del Código argentino la ubicación de este tipo penal, si bien hay una acusada desproporción entre las penas asignadas al homicidio y al aborto. En el artículo 86, segundo párrafo, el inciso primero declara no punible el aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer encinta, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

Algunos juristas se inclinan por considerar este caso como una hipótesis específica de estado de necesidad. La mayoría, sin embargo, se manifiesta en contra, puesto que en este caso el requisito esencial del estado de necesidad, según el artículo 34 del C. Penal, que justifica la conducta del que causa un mal para evitar otro mayor inminente a que ha sido expuesto, no existe<sup>8</sup>.

El inciso segundo, párrafo 2, del mismo artículo 86, por su redacción poco clara, aún produce polémica entre los que estiman que sólo legitima el aborto que es resultado de una violación o atentado al pudor de una menor idiota o demente (eugenésico) y los que, apoyándose en el Código Suizo de 1916, que le sirvió de fuente, estiman que la impunidad alcanza también al aborto realizado en todo caso de violación (sentimental), pero en un fallo de 1988<sup>9</sup> se declaró inconstitucional esta norma en un caso en que la víctima de una violación solicitó al juez autorización para abortar, que le fue rechazada. Bidart Campos opinó que esta disposición "vulnera en primer término el dere-

<sup>4</sup> Ver ZANNONI E. "Inseminación artificial y fecundación extrauterina. Proyecciones jurídicas". Etica. Buenos Aires, 1978

<sup>5</sup> Ver nota anterior.

<sup>6</sup> Graciela Medina. IV Jornadas sanjuaninas de Derecho Civil, 1989.

<sup>7</sup> Atilio ALTERINI. *Cuerpo humano, persona y familia*, en "Derecho de Familia". Libro homenaje a la profesora doctora María Josefá Méndez Costa. Santa Fe, Argentina, 1990.

<sup>8</sup> Ver LUCAS J. LENNON. *La protección penal a la persona por nacer*, en "El derecho a nacer". Oscar Alvarado Urriburu y otros. Abeledo Perrot. 1993. pp. 55 a 70.

<sup>9</sup> Ver nota anterior.

cho a la vida y, en segundo lugar, el derecho a la igualdad entre todas las personas concebidas”.

La destrucción del ser humano que se encuentra *in vitro* no está comprendida en la legislación penal y no podría extenderse la aplicación del delito de aborto, por cuanto el derecho penal no admite interpretación por analogía. Esto hace necesario crear el tipo, opinión en la que coincide la mayoría de los juristas: Terán Lomas, R. Mazzinghi, L. Lennon, Rodríguez Varela, A. Novilo Saravia.

Una minoría que agrupa a Cafferata y Zannoni afirma que esta conducta queda comprendida dentro del tipo de aborto. El último de los nombrados sostiene que lo común a todo tipo de aborto es la destrucción provocada del embrión humano, que hasta ayer se formaba solo en el seno materno y hoy puede formarse fuera de él. Conscientes, sin embargo, ambos juristas, de que este criterio podría no ser aceptado, consideran indispensable tipificar dicha conducta.

## II. DERECHO A LA VIDA DEL *NASCITURUS* EN LA LEGISLACION PERUANA, EN SU CALIDAD DE SUJETO DE DERECHOS, AUNQUE NO DE PERSONA

La Constitución Política peruana de 1979 tiene un carácter marcadamente humanista, y en ella los derechos fundamentales de la persona tienen un nivel jerárquico superior a los derechos de carácter patrimonial. Su artículo primero declara que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, teniendo todos la obligación de respetarla y protegerla, lo que se complementa con lo dispuesto por el artículo cuarto, en cuanto a que los derechos de la persona que ella taxativamente reconoce, no excluyen los demás de naturaleza análoga o que deriven de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma representativa de gobierno.

La promulgación de esta Constitución impulsó la del nuevo Código Civil, en cuya redacción se venía trabajando desde 1965 y que se promulgó el 24 de julio de 1984, entrando a regir el 14 de noviembre de ese mismo año.

El Libro I del Código Civil se denomina “Derecho de las Personas”. Inspirado también en una posición personalista o humanista, la persona humana se constituye, en cuanto sujeto de derecho, en “centro y término de las relaciones jurídicas, en eje insustituible del Derecho. Dentro de esta concepción, el patrimonio es sólo un instrumento del que se vale la persona para el desenvolvimiento de su personalidad”.<sup>10</sup>

El Código Civil de 1936, en su artículo primero, se inclinaba por la ficción de estimar nacido al concebido para todo cuanto le favoreciera, a condición de nacer con vida, principio que no sufrió, primitivamente, ninguna modificación por parte de la comisión codificadora, pero posteriormente se impuso el criterio de uno de sus miembros: Carlos Fernández Sessarego, quien, plenamente de acuerdo con sus pares en cuanto a que el hecho del nacimiento es determinante para adquirir la calidad de persona natural, rechazaba, sin embargo, la ficción

<sup>10</sup> Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho de las Personas*. Cultural Cuzco S. A. editores. Lima, Perú. 5ª edición, p. 15.

antecedida, por asistirle el convencimiento de que el ser humano en gestación constituye una realidad distinta y previa a la persona natural, representando el momento inicial del proceso de la vida humana, etapa durante la cual no es persona, pero es un ser humano, autónomo y, como tal, sujeto de derechos.

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

Entre los conceptos sujeto de derecho y persona existe una relación de género a especie. El género corresponde al sujeto de derecho entendido como toda expresión de vida humana que pueda ser centro de imputación de derechos o de deberes. Según que el hombre se manifieste como un individuo o en forma colectiva, a través de una organización, se configuran cuatro categorías de sujetos de derecho, de las cuales sólo dos se identifican con el término "persona": el hombre, una vez nacido, que conforma la persona natural, y las organizaciones colectivas que al cumplir con la formalidad de su inscripción, exigida por la ley, constituyen las personas jurídicas. Los otros dos sujetos de derecho no alcanzan la categoría de persona y son: el ser humano concebido y no nacido y las organizaciones colectivas de personas que no han cumplido con las formalidades legales.

El sujeto de derecho, persona natural, tiene el goce pleno de los derechos civiles y los deberes que le impone el ordenamiento jurídico, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley. El sujeto de derecho que no es persona natural goza de una capacidad, limitada, parcial y, en el caso del *nasciturus*, restringida a todo cuanto le favorece. Así quedó establecido en el artículo primero del Código Civil que dice así: "La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo."

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

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

En nuestro criterio, la representación legal del concebido no queda claramente establecida en el Código Civil, puesto que no hay normas que se refieran expresamente a ella, salvo los artículos números 598 y 617, que disponen el nombramiento de un curador para administrar los bienes del concebido, cuando el padre ha muerto y la madre "está destituida de la patria potestad". De esta

última mención que hace el artículo 598 se desprendería que los padres ejercen también la patria potestad sobre el hijo en gestación, lo que parece de toda lógica, debiendo, en ese carácter, velar por sus derechos extrapatrimoniales. Sin embargo, el artículo 418, que define la patria potestad, es claro al decir que ésta consiste en el deber y en el derecho de los padres para cuidar “la persona” y bienes de sus hijos menores, lo que indicaría que su ejercicio comienza una vez que ellos han nacido y adquirido la categoría de “persona”. Pues bien, si la representación no deriva de la patria potestad, ¿cuál es su fuente?, y a esta pregunta puede agregarse otra: ¿quién vela por los derechos extrapatrimoniales del *nasciturus* si el padre ha muerto y la madre está incapacitada? No procedería la designación de un tutor, puesto que el artículo 502 encarga a éste velar por la persona del pupilo y la administración de sus bienes y sabemos que el *nasciturus* no está incluido en la categoría de persona, encomendándose la gestión de sus bienes a un curador. En nuestra opinión hay aquí un vacío legal.

En cuanto al derecho a la vida del embrión humano concebido en forma extracorpórea y contenido en una probeta, hay que tener presente que el artículo primero del Código Civil dice que la vida humana comienza con la concepción, sin distinguir dónde sucede ésta y declara sujeto de derecho al concebido sin hacer mención alguna a la implantación *in utero*. En todo caso, la doctrina es enfática al afirmar que no puede eliminarse dicho embrión sin atentar contra la vida humana que significa<sup>11</sup> y al declarar que no sólo la destrucción, sino la investigación que implique riesgos para él, es una “violación flagrante del derecho a la vida de los seres humanos”<sup>12</sup>.

El Código Penal peruano tipifica el delito de aborto en el Título II del Libro II, artículos 159 al 164, que incluyen el autoaborto, el aborto consentido por la mujer, el aborto abusivo, el aborto terapéutico y aborto preterintencional, pero siendo requisito esencial y común a estas conductas el que se practique sobre una mujer, queda excluida del tipo la eliminación de embriones no implantados, por lo que es necesario crear una figura delictiva especial.

### III. PROTECCION QUE OTORGA LA LEGISLACION CHILENA A LA VIDA DEL QUE ESTA POR NACER, EN CONSIDERACION A LA EXISTENCIA LEGAL QUE ADQUIRIRÁ AL NACER CON VIDA

El estatuto jurídico que el Código Civil concede al *nasciturus* queda configurado fundamentalmente por lo dispuesto en el artículo 55 acerca de quiénes son personas y en los artículos 74 a 77 relativos al principio de existencia de las mismas. Estas normas contienen lo esencial de un sistema que se complementa con las normas relativas a los hijos concebidos en matrimonio (arts. 179, 180, 199), patria potestad (arts. 240 y ss.), curaduría de bienes (arts. 343, 356, 358, 359, 538), herencias y donaciones. (arts. 962 y 1.390).

El artículo 55 dispone que “son personas todos los individuos de la especie humana cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición”, categoría en la que perfectamente podría incluirse al *nasciturus*, atendiendo a lo que la ciencia mé-

<sup>11</sup> Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO. Ob. citada, p. 32.

<sup>12</sup> Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. *Algunas reflexiones acerca de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina*, en “La Familia en el Derecho Peruano”. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1990, p. 183.

dica nos dice hoy acerca de la individualidad del embrión. Sin embargo, el artículo transcrito está directamente vinculado con el artículo 74, inciso primero, que afirma: "La existencia legal de toda persona comienza al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre." Es evidente, entonces, que el *nasciturus* no es persona y de ahí que se le denomine con expresiones ambiguas, tales como: "el que está por nacer", "la criatura que se encuentra en el vientre materno", criatura a la que es imposible calificar de objeto de derecho y a quien la ley priva expresamente de la calidad de sujeto de derecho. Indudablemente el legislador tuvo presente que el niño mientras se gesta vive, pero esa vida, ligada a la madre y para la cual la doctrina acuñó el término existencia natural, se entendió como una ficción subordinada al hecho de la verdadera existencia que es la legal<sup>13</sup>. La realidad de esa existencia considerada ficta se impone, no obstante, cuando el concebido muere antes de nacer o no sobrevive un instante a la separación de la madre, y la ley, ante esa evidencia, vuelve a fingir y declara que nunca existió.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 75 del Código Civil protegió su vida en forma amplia. Su texto 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 peligrará."

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

Esta protección, amplísima, y que se ha demostrado útil, puesto que en los últimos años el artículo 75 muestra jurisprudencia creciente,<sup>14</sup> es la concesión generosa y el amparo gratuito que se concede a un ser humano que no puede exigir respeto a su "derecho" a la vida porque no es persona, única categoría de sujetos de derecho que reconoce nuestro ordenamiento, pero que está llamado a serlo, si nace con vida, momento en el cual adquirirá existencia legal.

Es probable que el inciso primero del artículo 75 admita alguna inspiración en los códigos de Austria y Prusia, que reconocían al concebido los derechos "comunes a la humanidad", el primero, y a "la protección de las leyes", el segundo, pero don Andrés Bello empleó una terminología distinta en que no aparece la voz "derecho". Es la ley la que protege.

No siendo persona, el *nasciturus* carece de representante legal para velar por la protección de su vida, lo que no constituye un problema, por cuanto la acción del artículo 75 es pública.

Si bien el derecho privado chileno no reconoce como persona al hombre antes de su nacimiento, la Constitución Política, a pesar de no definir la persona, parece inclinarse por aceptar que todo ser humano lo es no sólo en el aspecto filosófico sino también en el jurídico. Esto se deduce de lo expresado en tres artículos fundamentales: 1, 5 y 19 N° 1, que, en síntesis, expresan que la Consti-

<sup>13</sup> Ver Luis CLARO SOLAR. *Explicaciones de derecho Civil Chileno y Comparado*. Vol I. De las personas. Ed. Jurídica de Chile. 1978. pp. 222 y 223.

<sup>14</sup> Presentaciones del Movimiento por la Vida ante los Jueces de Menores.

tución está al servicio de la persona humana y que la soberanía está limitada por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, en especial por el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, consagrándose en forma expresa la protección a la vida del que está por nacer. Hay que decir que estas disposiciones se encuentran en perfecto acuerdo con lo señalado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por Chile y publicada en D.O. el 5 de enero de 1991, cuyo artículo 4 proclama el derecho a la vida, en general, a partir del momento de la concepción.

Hay jurisprudencia en relación con el derecho a la vida del concebido. La Corte de Apelaciones de Santiago acogió recurso de protección deducido por una profesora de Estado en contra de la institución de salud previsional correspondiente por haber devuelto sin tramitar un licencia médica, con la consecuencia de privarla del pago del subsidio de maternidad, lo que según la recurrente vulneraba la garantía reglada en el artículo 19 N° 1, esto es, el derecho a su integridad física y psíquica y a la vida de su hijo por nacer. La Corte sentenció que "en presencia de ambos derechos, con origen en una fuente común, y en íntima relación, el legislador privilegia la vida del que está por nacer sobre el derecho a la salud que asiste a su madre, la recurrente, al cual desplaza". La Corte fue de opinión que la falta de percepción del subsidio afectó la salud de la madre, porque la alimentación se hizo deficitaria y porque la incertidumbre la afectó en lo psíquico, no pudiendo guardar el reposo indicado, lesionando "principalmente el derecho a la vida del nuevo ser ya concebido, expuesto a grave peligro, por hallarse condicionado en su desarrollo en el claustro materno a las circunstancias externas que afecten al organismo de su madre". (C. Ap. Stgo. Rec. Prot. Aída Monje c/ISAPRE PROMEPART. 1982).

Es interesante hacer notar que la Corte habla claramente de *derecho a la vida* del niño por nacer.

El Código Penal chileno castiga como delito el aborto cometido por un tercero, con violencia (art. 342 N° 1), sin consentimiento de la mujer (arts. 342 N° 2), con consentimiento de la mujer (art. 342 N° 3), preterintencional violento (art. 343), cometido por la propia mujer por móviles no relevantes (art. 344) o por motivos sentimentales (art. 344 inc. 2.) y el cometido por un profesional (art. 345). Siguiendo el orden del Código belga, la comisión redactora del Código Penal lo ubicó dentro de los delitos contra el orden de las familias, ubicación desafortunada, puesto que el bien jurídico protegido es otro: la vida del que está por nacer y, en consecuencia, hubiera debido incluirse entre los delitos contra las personas, aun cuando legalmente, como sabemos, el embrión o el feto no tiene tal calidad.

La actual redacción del Código Sanitario prohíbe ejecutar "ninguna acción cuyo fin sea provocar el aborto", con lo cual desapareció el aborto terapéutico.

¿Alcanza la protección al *nasciturus*, al embrión humano que se encuentra en una probeta?

El artículo 75 del Código Civil protege "al que está por nacer", cosa que puede ser altamente improbable en el caso de un embrión congelado y, además, el inciso segundo se refiere expresamente al caso de una mujer embarazada, al disponer que cualquier pena que pudiese hacer peligrar la criatura que lleva en su seno deberá postergarse hasta después del alumbramiento. Sin embargo, podría aplicarse la analogía para interpretar esta norma del modo más conforme a la equidad natural, estimando que el legislador que no podía prever los avances

de la ciencia quiso, no obstante, proteger la vida humana antes del nacimiento, en cualquiera circunstancia.

No conocemos ningún recurso de protección en favor de un embrión que se encuentre *in vitro*, a fin de evitar su destrucción, por lo que los Tribunales no han tenido la oportunidad de manifestarse al respecto, pero su rechazo significaría aceptar que existe vida humana embrionaria de dos categorías, careciendo de resguardo la que se encuentra en probeta, lo que contradeciría lo sostenido por la Comisión Constituyente acerca de que los derechos garantizados en el artículo 19 no debían quedar desprotegidos en ninguna circunstancia.

No podemos dejar de mencionar la Resolución del Ministerio de Salud N° 1072, de 20 de junio de 1985, en cuyo número 8 se establece que todos los óvulos fertilizados y "normales" deben ser transferidos a la madre y que no se practicará congelación de embriones para transferencia diferida ni menos para fines de investigación. Inquietante resulta la referencia a embriones normales, por cuanto parece estar permitiendo la eliminación libre del embrión portador de algún defecto. De aquí el interés en precisar cuál es el valor de una ins-trucción.

El Presidente de la República, a través del ministro del ramo, fija la inteligencia que él da a la ley, como dice Claro Solar, y "de este modo hay peligro de que invada en sus disposiciones el terreno de la ley, pero sus actos están sujetos a la fiscalización del Congreso, por una parte, y por otra pueden ser reclamados por los particulares y no tomados en cuenta por los Tribunales de Justicia, que deben fallar las causas civiles y criminales, no conforme a los decretos del Presidente de la República, sino con arreglo a las leyes"<sup>15</sup>. Ya hemos visto que tanto el Código Civil como la Constitución Política protegen la vida del concebido.

En el aspecto penal hay un gran vacío legal, porque el delito de aborto se configura por causar la muerte del feto dentro de la madre, o por su expulsión del vientre materno, lo que al igual que sucede en las legislaciones argentina y peruana impide extenderlo a la destrucción de un embrión en probeta, siendo indispensable crear el tipo penal específico.

#### IV. CARENCIA DE PROTECCION AL *NASCITURUS*, CONSIDERADO EN LA LEGISLACION FRANCESA UNA PARTE DE LAS ENTRAÑAS DE LA MADRE

La Convención de los Derechos del Hombre dice que "el derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley", pero no precisa lo que entiende por vida. Por lo que concierne a la legislación interna francesa, no hay un texto que consagre en forma expresa el "derecho a la vida", pero nadie discute que es un derecho inherente a la persona y su titularidad alcanzará al concebido sólo en la medida que podamos incluirlo en la categoría de persona.

Es evidente que desde 1975 no puede sostenerse que el ser humano en gestación sea una persona, puesto que ese año se votó la ley Veil, que permitió el aborto, llamado interrupción voluntaria del embarazo, cuyo texto se puso a prueba por cinco años y se convirtió en definitivo mediante otra ley de 31 de diciembre de 1979.

¿Qué naturaleza jurídica tiene, entonces, el concebido? El Código Civil no presta gran ayuda para clarificar la situación y, si bien, desde 1929 la jurispru-

<sup>15</sup> Luis CLARO SOLAR. ob. cit. p. 30.

dencia ha aceptado la máxima romana en virtud de la cual se reputa nacido al concebido siempre que convenga a su interés, ésta no puede entenderse en el sentido de anticipar la personalidad del *nasciturus*, sino como una ficción jurídica, en provecho del niño venido al mundo vivo y viable, cuya personalidad, si conviene a su interés, se retrotraerá al día en que se presume ocurrió la concepción. Aunque parte de la doctrina intenta aproximarle a la categoría de persona, oscilando entre considerarlo persona potencial, persona condicional, persona futura, persona por destinación, la realidad es que el niño en gestación no es un sujeto independiente, no es titular de derechos subjetivos, entendiéndose que forma parte del cuerpo de la madre. Lo que hay que precisar es si en tal carácter goza su vida de alguna protección o no.

Hasta 1975 el artículo 317 del Código Penal sancionaba el aborto provocado por cualquier medio, sin que importara el tiempo de embarazo ni el consentimiento de la mujer. A su vez, el Código de Salud Pública castigaba la provisión de medios abortivos (arts. 645-647). Excepcionalmente se toleraba la intervención quirúrgica o el empleo de una terapia susceptible de traer como consecuencia la interrupción del embarazo, cuando lo exigía la salvaguardia de la vida de la madre gravemente amenazada.

El principio que imperaba era, en efecto, que el niño en el vientre de su madre era un ser vivo que debía ser respetado como una persona por el derecho, o al menos como una persona potencial.

Hoy en día, el artículo 162-1 de la ley Veil permite a la mujer encinta, a quien su estado coloca en un situación de angustia, solicitar al médico la interrupción de su embarazo antes que termine la décima semana de gestación.

La referencia al estado de angustia es completamente superflua, porque la mujer es soberana para apreciarla, salvo si es soltera y menor de edad. Nadie puede oponerse, ni siquiera el marido o el conviviente padre de la criatura. En lo que respecta al plazo, éste puede ser fácilmente sobrepasado, pero ninguna sanción está prevista para ese caso.

La ley establece una distinción entre el embrión de menos de diez semanas, que no está en absoluto protegido, y el de más de diez semanas, que goza de una cierta protección, lo cual no significa que el embrión de más de diez semanas sea una persona. Lo que sucede es que, transcurrido dicho período, el derecho de la madre queda restringido. El embrión se convierte de alguna manera en una *pars mulieris* privilegiada, puesto que la madre ya no puede disponer de ella, Pero eso es todo. No se puede sacar otra conclusión en el estado actual del derecho positivo<sup>16</sup>.

Transcurridas las diez primeras semanas de embarazo se autoriza el aborto terapéutico (por salud de la madre) y el eugenésico (por enfermedad incurable del hijo). Si no se respetan las exigencias legales en estos casos, se aplican sanciones disciplinarias y penales. En teoría, si la criatura abortada es extraída con vida, al adquirir la calidad de persona, el médico incurriría en responsabilidad penal y civil si atenta contra su vida, pero aquí nos enfrentamos al problema de la prueba, porque es difícil, cuando no imposible, verificar en una clínica abortiva si el niño fue eliminado dentro o fuera del cuerpo de la mujer.

En su oportunidad, el Comité Nacional de Ética destacó que el embrión es persona humana cuyo respeto se impone a todos. Sin embargo, hemos visto que

<sup>16</sup> Ver Xavier LABBÉE. *Condition Juridique du Corps Humain avant la naissance et après la mort*. Presses Universitaires de Lille. 1990.

el niño concebido no tiene protección contra la voluntad de su madre de suprimirlo, desprotección que es absoluta durante las diez primeras semanas de gestación. Contra las agresiones de terceros, en cambio, gozaría de la protección personal que recibe el cuerpo de su madre. Sin embargo, la calidad de mujer embarazada de la víctima no es circunstancia agravante en caso de homicidio o lesiones.

El 12 de octubre de 1983 la Cámara de acusación de Douai estimó que el niño era parte integrante de la madre y, por tanto, los golpes a ésta, que causaron la muerte del feto, no podían considerarse golpes mortales, teniendo en cuenta que la criatura, mientras está gestándose, carece de vida autónoma. Se trataba entonces de una infracción correccional y no criminal, decisión confirmada más tarde por la Corte de Apelación<sup>17</sup>.

En cuanto al estatuto del embrión *in vitro*, el Consejo de Estado, que había reconocido la necesidad de reglamentar este proceso embrionario, recomendó en su informe titulado "De l'Éthique au Droit" (1988), prohibir intervenciones destinadas a modificar el genoma humano, obtener clonaciones, producir quimeras. Lamentablemente, aconsejó también la destrucción de los embriones en probeta cuyo destino no se hubiera decidido después de cinco años de conservación. Estas indicaciones fueron recogidas en gran parte por la legislación que, en definitiva, se aprobó.

En efecto, con fecha 29 de julio de 1994 (J.O. 30-julio-94) se promulgaron dos leyes que modificaron los códigos Civil, Penal y de Salud Pública: Ley N° 94-653, relativa al respeto al cuerpo humano, y Ley N° 94.654, sobre donación y utilización de los elementos y productos del cuerpo humano, asistencia médica a la procreación y diagnóstico prenatal (J.O. 30-VII-94). Entre las normas que se refieren expresamente al embrión se pueden destacar las siguientes: 1. Los artículos 511-16, 511-18 y 511-19 del Código Penal y los artículos 152-8, 152-17 y 152-18 del Código de Salud Pública sancionan la obtención de embriones humanos sin respetar las condiciones previstas en el Código de Salud Pública y el destinar embriones humanos a fines industriales, comerciales, de investigación o experimentos. Excepcionalmente se permite a los progenitores aceptar el que se realicen estudios sobre sus embriones, autorizándolo por escrito, pero estos estudios sólo pueden tener una finalidad médica y no deben dañar al embrión.

2. El diagnóstico prenatal de un embrión *in vitro* sólo se permite si un médico, que ejerce su actividad en un centro de diagnóstico pluridisciplinario, da fe que los padres, en vista de su situación familiar, tienen una fuerte probabilidad de dar nacimiento a un niño aquejado de una afección particularmente grave, reconocida como incurable al momento del diagnóstico y siempre que la anomalía responsable de dicha enfermedad haya sido identificada con anterioridad en uno de los progenitores. Estos deben consentir por escrito. El diagnóstico no puede tener otro objeto que investigar esta enfermedad y los medios para prevenirla y tratarla. Debe realizarse en un establecimiento específicamente autorizado para este efecto, después de haber informado al respecto la Comisión Nacional de Medicina y Biología de la Reproducción y del Diagnóstico Prenatal y en las condiciones definidas por un decreto en Consejo de Estado. (art. L. 162 -17, Cód. Salud Pública).

<sup>17</sup> Xavier LABBÉE. ob. cit. p. 162.

3. Un embrión puede ser concebido *in vitro* sólo dentro del marco y según las finalidades de una asistencia médica a la procreación tal como la define la ley, para remediar la infertilidad de carácter patológico, médicamente diagnosticada o para evitar la transmisión al niño de una enfermedad particularmente grave. Debe ser concebido con gametos provenientes de al menos uno de los dos miembros, varón y mujer, que forman un matrimonio o conviven desde por lo menos dos años. Ambos deben estar vivos, en edad de procrear y consentir previamente en la transferencia embrionaria o en la inseminación. Teniendo en cuenta el estado de las técnicas médicas, pueden decidir por escrito que se intente la fecundación en un número de óvulos que hagan necesaria la conservación de embriones, con la intención de formular una demanda parental dentro de un plazo de cinco años, período durante el cual ambos serán consultados anualmente, con objeto de saber si persisten en su propósito. Excepcionalmente, ambos o uno de ellos, si el otro falleció, pueden autorizar que los embriones conservados sean recibidos por otro matrimonio o concubinos que cumplan los requisitos exigidos por la ley (arts. L. 152 -1 a L. 152 -5, Cód. Salud Pública).

4. Los embriones que existen a la fecha de promulgación de la Ley 94.654, que satisfacen las normas sanitarias vigentes, que ya no son objeto de una solicitud parental, pueden ser confiados a otro matrimonio o concubinos que cumplan con los requisitos legales, siempre que no exista oposición al respecto, pero si esta medida es imposible y si la duración de su conservación es de al menos cinco años, se pone fin a esta conservación (art. 9 Ley 94-654).

¿Qué podemos concluir de estas normas acerca del estatuto jurídico del embrión *in vitro*? Que jurídicamente no es más que una cosa a la cual el derecho protege, pero en forma limitada, puesto que ordena su eliminación fríamente, una vez transcurridos cinco años de conservación, sin considerar ninguna clase de defensa en su favor.