

“La existencia legal de toda persona principia al nacer”:

una nueva lectura para una vieja norma*

[publicado en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, 56, 2010, pp. 311-326]

Hernán Corral Talciani

Profesor de Derecho Civil y exDecano

Facultad de Derecho Universidad de los Andes

I. Saludos y planteamiento del tema

Es un honor muy señalado para el profesor que les habla poder dirigir estas palabras a ustedes, en esta histórica y prestigiosa Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, cuya Escuela de Derecho es ya casi centenaria, y de la cual han salido tantos maestros y tantas generaciones de abogados. Con solo limitarme a mi disciplina, el Derecho Civil, me conmueve recordar en este auditorio a quien fuera – y sigue siendo a través de sus obras– uno de los mejores exponentes de la civilística nacional: don Vittorio Pescio, por cuya figura mantengo un profundo aprecio y a quien consulto habitualmente para preparar mis clases y mis estudios. A él puede agregarse una pléyade de catedráticos a los que no quisiera nombrar por el peligro de omitir injustamente a alguno, pero que sin duda han conformado uno de los centros académicos más constructivos en la literatura jurídica del siglo XX. Hoy en día, juristas jóvenes que se han incorporado al cuerpo docente y a la dirección de la Facultad, están procurando que esa tradición de excelencia, de ilusión por el cultivo científico de nuestra jurisprudencia, la *prudentia iuris*, siga manteniéndose viva en estos claustros.

Para ello es fundamental el apoyo, la comprensión y el entusiasmo de las nuevas generaciones de alumnos, por lo que me alegró saber que esta conferencia está dedicada principalmente a estudiantes que están dando sus primeros pasos en la carrera. Espero que mis

* El texto recoge la conferencia dictada en el acto de inauguración del año académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso el día 23 de abril de 2009.

palabras puedan estimular en ustedes la alegría del intercambio de ideas, de la construcción de soluciones innovadoras y creativas, y contribuir a remover esa concepción arcaizante de que el estudio del Derecho consiste en memorizar textos o doctrinas ya asentadas e indiscutibles y que la profesión consiste en repetir las con la mayor destreza persuasiva ante un juez. No: el Derecho está siempre en constante construcción, y si bien la memoria y el examen de los textos y del pensamiento jurídico acumulado, son necesarios, como bien lo expone el profesor Pescio en la famosa nota de advertencia de su Manual de Derecho Civil – no seré yo quien lo niegue–, lo son como medios para una reflexión crítica y para la búsqueda de nuevas comprensiones de los problemas jurídicos y de más y mejores soluciones. Ustedes, ya desde sus primeros años, están llamados a pensar por sí mismos, con fundamentos, con atención al texto legal y a las opiniones ajenas, pero buscando siempre lo que mejor pueda satisfacer esos grandes ideales que deben inspirar a los juristas, y sobre todo, a los jóvenes: el bien común, la justicia, la solidaridad y la paz social, la protección de los más débiles y vulnerables.

En este sentido, he querido desarrollar un tema que, creo, demuestra que pueden realizarse intentos de remozamiento y modernización del Derecho incluso con textos legales antiguos y que cuentan con una doctrina prácticamente unánime y diríamos que casi indiscutida. Y ello sin recurrir al fácil expediente al que son dados los políticos y los activistas ideológicos: hay que cambiar la ley... Existe un modo en que puede cambiarse el Derecho, sin cambiar la ley, incluso más: respetando mejor el sentido genuino y al espíritu de la ley. Ese modo es lo que llamamos interpretación, que ustedes también deben aprender desde sus primeras clases.

La norma en la que quiero fijarme esta tarde es la del artículo 74 de nuestro célebre Código Civil, aprobado en 1855 y en vigor desde el 1º de enero de 1857. Este precepto no ha sido modificado desde entonces, cuenta pues con más de 150 años de ininterrumpida vigencia. Su texto dice así: “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”.

A primera vista el tenor gramatical de la disposición parece claro: si la existencia legal de toda persona principia al nacer, significa que es el hecho del nacimiento el que determina el

comienzo de la personalidad. Por lo tanto, la criatura ya concebida pero aún no nacida, no es persona, al menos para el Código Civil.

Así lo afirma nuestro más afamado civilista, don Luis Claro Solar: “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...” (*Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, reimp. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1992, t. I, N° 408, p. 216). El mismo profesor Pescio señala que “Nacido el individuo, existe legalmente: es persona” (*Manual de Derecho Civil*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1950, t. III, p. 21)

Y esta doctrina es admitida incluso por autores recientes, como mi amigo y colega en la Universidad de los Andes, Alberto Lyon, que escribe que si bien la vida comienza con la concepción, el Código “le atribuye [al concebido] la condición de ‘persona’ desde el momento de la separación completa de la madre”, es decir, desde que nace (*Personas naturales*, Ediciones Universidad Católica, 3ª edic., Santiago, 2007, p. 36).

II. El Derecho es interpretación

Antes de abocarnos al tema concreto, necesito poner de manifiesto, como presupuesto previo, algunas ideas sobre la relevancia de la interpretación en el método jurídico.

Hoy día se admite generalmente que las pretensiones del positivismo exegético del siglo XIX en el sentido de que las leyes, siendo claras, no necesitan que el juez ni nadie las interprete, sino que deben ser mecánicamente aplicadas a los hechos según su tenor literal y la intención manifiesta del legislador, no sólo son erróneas, sino que incluso no son reales.

Las nuevas concepciones sobre el razonamiento jurídico (principalmente las corrientes hermenéuticas) han puesto de relieve que no es posible la aplicación de una norma a un caso, por clara que aquella sea, que no necesite de un proceso previo de comprensión y de valoración por parte del juez. Es decir, que no puede haber derecho sin interpretación. Y esto por cuanto las reglas y normas son mensajes lingüísticos que se manejan de acuerdo a los estándares de la comunicación entre personas. Cuando alguien lee un texto necesita para comprenderlo un conocimiento previo (unas preconcepciones o prejuicios) sobre quién es el autor, cuál es el

contexto en el que se inserta, cuál es la finalidad de la comunicación, qué circunstancias rodean el mensaje, etc.

Por poner un ejemplo un poco burdo, pero gráfico. Si yo ahora les pido que me interpreten el siguiente texto: “Todos los hombres son iguales”, probablemente me contestarán que estoy aludiendo al principio jurídico de igualdad, a la prohibición de discriminación, incluso más de alguno – o más de alguna– me reprochará que estoy ocupando la palabra “hombres” incluyendo a las mujeres, lo que puede tener un sesgo sexista, etc. Pero todas esas posibles “lecturas” o interpretaciones se vendrían al suelo, si yo les dijera que la expresión “todos los hombres son iguales” la ha emitido una novia despechada que acaba de sorprender a su enamorado en flagrante infidelidad.

Como ven, los textos en sí mismos no pueden ser comprendidos sin un conjunto de circunstancias que les confieren significados diversos.

De allí que la regla legal no pueda aplicarse sin que sea objeto de una interpretación. Si un reglamento de copropiedad contiene la disposición de que en un edificio no se admiten perros ni gatos, podría suscitarse un problema de interpretación si un vecino tiene como mascota un puma. Pero más complejo aún, ¿deberá aplicarse también al copropietario ciego que necesita un perro lazarillo?

Todo esto lo expongo ante ustedes para que no se sorprendan que un texto legal pueda cambiar de interpretación según el contexto histórico y las circunstancias. Es más, puede sostenerse que, para ser fiel al espíritu y la finalidad del legislador, es necesario a veces llegar a una interpretación que se aleje del sentido meramente gramatical. Por ejemplo, el art. 574 del Código Civil señala que cuando en alguna ley o contrato se utiliza la expresión “muebles de una casa” no quedan comprendidos, entre otras cosas, “los carruajes”; pues bien, nadie discutirá que en nuestra época una correcta interpretación de la norma, más fiel a su genuino sentido, aunque no apegada al tenor literal, será que se excluyen los vehículos motorizados.

Si asumimos, entonces, que toda regla legal debe ser interpretada en la época en la cual va a ser aplicada, ¿cuál debe ser la interpretación que cabe hacer ahora, en el contexto jurídico, constitucional, internacional, de derecho civil moderno, de la expresión normativa “la existencia legal de toda persona principia al nacer”?

III. Una nueva lectura para la norma

Adelanto desde ya la respuesta que quisiera proponer a vuestra consideración: 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.

Pero la persona comienza desde que existe un individuo de la especie humana como dispone el art. 55 del Código Civil, y ello que ocurre desde el mismo instante en que el espermio penetra la membrana del ovocito y se consuma el proceso de fecundación o concepción.

Veamos si esta tesis es sustentable con argumentos de *lege lata*, es decir, como interpretación del Derecho vigente, y no como una propuesta de *lege ferenda* (de reforma del texto legal).

Para ello seguiremos los criterios que el mismo Código Civil nos ofrece para guiar el proceso de interpretación en los arts. 19 a 24. Dejemos en claro que no compartimos la posición que alguna vez fuera dominante, en el sentido de que estos preceptos obligan al intérprete a realizar una comprensión literal o gramatical del texto, y a detenerse allí si este le resulta suficientemente claro. De este modo, se decía que el art. 19, al indicar que si el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, consagraba la teoría de la interpretación gramatical o exegética. Sólo cuando el texto de la ley presentaba oscuridades era lícito acudir al espíritu de la ley, a su historia, a la armonía entre sus partes, a su confrontación con otras leyes sobre el mismo asunto. Por fin, si aún no se daba con una interpretación satisfactoria, podía recurrirse en último extremo al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Es la teoría de los cuatro elementos: gramatical, lógico, histórico y

sistemático, que tomó Claro Solar de von Savigny, como una manera didáctica de entender los preceptos pero que la doctrina posterior convirtió en un dogma que hasta hoy sigue imperando en tribunales y en las aulas. No obstante, la doctrina más moderna, a partir de Fernando Fueyo, y siguiendo por Carlos Ducci, por Guzmán Brito y por Fernando Quintana, ha hecho ver que paradójicamente se trata de una errónea interpretación de los artículos que pretenden regular el proceso interpretativo. Su yerro parte por malentender el texto el art. 19, que no dice que si el tenor literal de la ley es claro no pueda recurrirse al espíritu y demás elementos, sino algo muy distinto: que si el “sentido de la ley es claro, no cabe cambiar ese sentido pretextando un espíritu ajeno a él. ¿Pero cómo se determina el sentido de una ley? pues, justamente recurriendo a todos los criterios que menciona el Código de manera conjunta y armónica y sin prioridades mecánicas: la finalidad o razón de la ley, la historia de su establecimiento, el contexto interno de la ley, el contexto externo, los principios y el espíritu de todo el sistema jurídico: la legislación nacional, y la justicia concreta del caso, que es la equidad natural.

Dicho lo anterior, recorramos estos criterios para ver si nuestra tesis puede ser considerada una interpretación correcta, y mejor que la tradicional, del art. 74 del Código Civil.

IV. Los argumentos

a) La razón o espíritu de la ley

El art. 19 inc. 2º dice que bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu. El espíritu o intención de la ley es el propósito o finalidad de la norma. El para qué de la disposición legal.

La finalidad debe servir para desentrañar su correcto sentido. La prohibición de tener perros en un edificio tiene una finalidad muy clara, que nos sirve, por ejemplo, para descartar que se trate de perros de peluche, o incluso de perros guías de personas discapacitadas. El espíritu nos ayuda a fijar el sentido de la palabra “perros”.

En este caso, debemos preguntarnos qué quiere la ley al prescribir que la “existencia legal de la persona principia al nacer”. ¿Será negar el estatuto de persona, tal como entendemos hoy este concepto, al ser humano que está en el vientre materno? La respuesta debe ser negativa.

Todo lo contrario, el artículo siguiente al 74 que supuestamente negaría el inicio de la personalidad en la concepción, señala que la ley protege la vida del que está por nacer, y faculta al juez para tomar, de oficio o a petición de cualquier persona, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger “la existencia” del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra (art. 75 CC).

Queda patente que el art. 74 no ha tenido por objeto negar que el ser humano concebido es ya sujeto de derechos, y de aquellos más relevantes como el derecho a la vida y a su salud. No puede haber sido el espíritu de la ley el rebajar o disminuir la protección jurídica del concebido, otorgándole un estatus jurídico de inferior intensidad tutelar si la norma que le sigue enfatiza y subraya dicha protección.

El propósito del art. 74, al señalar como inicio de la existencia legal el nacimiento y regular tan pormenorizadamente desde cuándo la criatura se entiende nacida, se revela al poner en relación dicho artículo con el art. 77. Este precepto explica la razón del art. 74. Se trata de solucionar el problema de los derechos patrimoniales, de carácter económico, principalmente sucesorios, que se defieren (es decir, se generan) a favor de una criatura que todavía no ha nacido. Es el típico problema del hijo póstumo: el padre ha muerto y su herencia ha sido abierta, ¿es heredero el hijo que a la fecha de la muerte está todavía en proceso de gestación en el seno de su madre? La solución, basada en antecedentes históricos, es la suspensión del ejercicio de dichos derechos a la espera del nacimiento. Si la criatura nace y sobrevive un momento siquiera a la separación de su madre, “entra el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron” (art. 77 CC). Es decir, los derechos los adquiere el concebido al momento en que se defieren (al morir el padre), pero su “gocé” (ejercicio) se suspende hasta el nacimiento. Pero una vez ocurrido esto, la realidad se restablece: “el gocé” se retrotrae a la fecha en que los derechos se le defirieron (por ejemplo, el niño tiene derecho a los frutos producidos desde el momento de la muerte de su padre hasta que nace).

¿Pero qué ocurre si el embarazo se malogra y el niño no llega a nacer? Aquí viene la verdadera excepción. Dice el art. 77 que en tal caso “pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”. O sea, entre herederos del padre ya no se incluirá a su hijo que no llegó a nacer, sino que serán sólo sus ascendientes y su cónyuge. La ley entiende que no es práctico ni funcional reconocer como adquirente de derechos económicos a alguien que

no va a poder ejercerlos nunca. Además, pretende evitar los litigios sucesorios que se podrían suscitar con respecto a la fecha o data de la muerte del concebido en el vientre de la madre para determinar así quiénes serían los herederos de este niño no nacido. La solución más práctica es “hacer como”, (se trata de una verdadera ficción legal), que el concebido no ha existido. Pero todo ello referido a los derechos patrimoniales. Porque ese *nasciturus* que muere en el vientre o al nacer es reconocido como persona, prueba de lo cual es que sus restos deben ser inhumados y que se regula la licencia para su sepultación (art. 49 LRC).

La *ratio* del art. 74 es clara entonces: no trata de infratutelar los derechos de la personalidad o de familia del concebido (lo que se produce necesariamente en nuestro lenguaje jurídico actual si se niega al concebido el carácter de persona), sino de establecer una regla para solucionar el problema de los derechos patrimoniales que puedan corresponder a la criatura si no llega a nacer y muere con anterioridad al nacimiento.

b) La historia del establecimiento de la ley

Si recurrimos a la historia del establecimiento de las reglas del Código Civil nos encontraremos con una confirmación de que la norma del art. 74 sólo tiene que ver con los derechos patrimoniales y en función de lo que dispone el art. 77. Estas normas provienen del antiguo aforismo que, sobre textos romanos, formularon los glosadores de la Universidad de Bolonia: aunque no sabían nada de genética, ni de cromosomas, ni tenían claro desde cuándo había un nuevo ser humano en la concepción, ellos afirmaron, siempre para temas patrimoniales, que *conceptus pro iam nato habetur*, al concebido se le trata como nacido para todo aquello que le favorezca.

Incluso puede decirse que Bello fue más generoso con la regla porque determinó que bastaba la separación completa de la madre y la sobrevivencia aunque sólo fuera por un momento del recién nacido, para reconocerle el ejercicio de los derechos patrimoniales que se le hubieren dejado mientras estaba en gestación. Rechazó algunas restricciones que tenían Códigos de la época como la de tener forma humana (Código Español), haber sido bautizado, o ser viable, es

decir, con aptitud para seguir viviendo (Código Civil francés). En Chile, basta el nacimiento y no se requiere nada más para la criatura “exista legalmente” (consolide sus derechos patrimoniales).

Sería francamente absurdo que Bello hubiera adoptado una posición tan amplia con la capacidad patrimonial del concebido y que, en cambio, hubiera negado o rebajado su tutela respecto de derechos tan fundamentales como la vida o la salud considerando que el *nasciturus*, mientras no nace, no puede ser considerado jurídicamente persona.

Puede añadirse que en los tiempos de Bello, el concepto de persona no era tan rico en un sentido institucional y ético-jurídico como es hoy y que incluso se pensaba que el Derecho Civil debía estar centrado en los bienes y en el patrimonio (lo que es una visión reductiva del Derecho Civil que, como se reconoce actualmente, debe preocuparse de todas las dimensiones de la persona y no sólo de la patrimonial). Es posible que los primeros comentaristas del Código hayan incurrido en ese enfoque reductivo y que aquí pueda encontrarse una explicación para hayan terminado por identificar personalidad, nacimiento y capacidad patrimonial. Pero una reinterpretación de los textos del Código Civil, a la luz de las actuales concepciones del Derecho Civil, como Derecho que protege a la persona en sus vivencias y experiencias más comunes y ordinarias, debe conducir a reconocer como persona, es decir, como sujeto de derechos humanos, a todo individuo de la especie humana, aunque no esté aún nacido. Lo patrimonial deja de ser determinante y sí lo son la vida, la salud, la identidad y otros bienes personalísimos.

Desde este punto de vista, el art. 75 CC, al señalar que la ley protege la vida del que está por nacer, nos está diciendo, en el lenguaje actual de los derechos subjetivos, que se trata de un sujeto: el que está por nacer (no “lo” que está por nacer), que tiene vida, que no puede ser sino vida humana, y que esa vida debe ser tutelada por el ordenamiento jurídico: la ley en su más amplio sentido. La forma más clara y enérgica de tutela de la vida humana es hoy a través de un derecho humano o fundamental: el derecho a la vida.

Luego, de acuerdo a la historia de las normas, el art. 74 CC se refiere sólo a los efectos patrimoniales y de manera muy amplia para el *nasciturus* que llega a nacer (le basta sobrevivir un momento), y el art. 75 CC lo reconoce irrestrictamente como sujeto de derechos, esto es, con existencia como persona.

b) El contexto de la ley

El art. 22 del Código Civil nos señala que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

En nuestro caso, la ley es el Código Civil. Debemos considerar si nuestra interpretación mantiene o no la debida coordinación y armonía. Pensamos que justamente la tesis que sustentamos es la que proporciona esa armonía entre los preceptos del Código, y no la tesis tradicional que sostiene que la persona principia con el nacimiento. En efecto, ya hemos visto cómo el art. 74 cuadra perfectamente con el art. 77, al que hay que añadir el art. 76 que, por medio de una presunción de derecho, fija la época de la concepción. Pero también se entiende mejor el art. 75 que reconoce como sujeto de derecho a la vida al concebido. Además, esta interpretación es más respetuosa del nombre del epígrafe bajo el que se encuentran todos estos preceptos: “Del principio de la existencia de las personas”. No se refiere al principio de la existencia legal, sino de la existencia a secas de las personas. Luego es claro que hay preceptos que se refieren a la existencia de la persona, que comienza con la concepción (art. 75) y otros que se refieren a una cualidad de esa existencia, que es la capacidad patrimonial y que el Código llama existencia legal (art. 74, 76 y 77).

Pero 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”.

De este modo, para saber desde cuándo hay persona para el Código Civil chileno tenemos que preguntarnos desde cuándo existe un nuevo individuo humano, sin importar el grado de desarrollo que haya alcanzado. Los nuevos conocimientos de embriología y genética nos ponen de relieve que ese instante es el de la concepción o fertilización del óvulo por parte del espermio: desde que la cabeza del espermatozoide, con sus 23 cromosomas, penetra en la membrana del ovocito (con sus 23 cromosomas), existe un nuevo sistema orgánico y autónomo, individual y perteneciente a la especie humana (no es vegetal ni animal). Aunque no tenga la forma o apariencia del individuo adulto, su información genética contiene todos sus caracteres, incluido el sexo. Es el mismo organismo el que determina su propio desarrollo, y si se dan las condiciones

apropiadas, y no hay interferencias externas, llegará a nacer y luego a desenvolverse como niño, adulto y anciano. Todos estos cambios son por tanto accidentales, puesto que en todos ellos existe una unidad de continuidad: la persona, que es idéntica a sí misma y distinta de cualquier otra, pese a sus cambios corporales.

¿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.

Ya vimos la tutela fuerte que el art. 75 del Código confiere a la vida del concebido. Pero hay más preceptos del Código que refuerzan esta lectura. Por ejemplo, el art. 181 CC, que señala que la filiación legalmente determinada se retrotrae a la época de la concepción del hijo. Por tanto, el concebido es hijo, e incluso puede ser objeto de un reconocimiento antes del nacimiento (cfr. también los arts. 485 y 486 CC que también llama hijo al concebido).

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. Por ello, se le asigna un representante legal, que conforme a los arts. 43 y 243 inc. 2º CC, es el padre o madre que ejerce la patria potestad. Nótese que esta última norma aclara que “la patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer”. Esta norma no debe interpretarse restrictivamente en el sentido de que la patria potestad sólo se aplica a los “derechos eventuales”, es decir patrimoniales, del hijo por nacer (de los que trata el art. 77 CC). Lo que sucede es que la patria potestad en principio está

concebida sólo para administrar los bienes patrimoniales del hijo, pero la representación legal, por el art. 43 CC y los arts. 263 y ss. CC se extienden también a otras relaciones jurídicas (tutela de derechos de la personalidad y de familia).

A falta de un padre o madre que ejerza la patria potestad, el niño por nacer debe ser representado, para efectos patrimoniales, por un curador de bienes (arts. 485 y 486 CC). Para proteger la vida o salud del *nasciturus*, el art. 75 inc. 1º CC concede acción a cualquier persona para requerir la intervención del juez, el que puede adoptar la medida que crea más conveniente. El juez podría nombrarle un curador especial o un curador *ad litem* (arts. 345 y 494 CC y 19 ley N° 19.698, de 1999).

c) El contexto de la legislación nacional

El art. 22 inciso segundo señala que el intérprete, para aclarar el sentido de una ley, puede recurrir a otras leyes particularmente si versan sobre el mismo asunto.

En nuestro caso, pueden invocarse numerosísimas disposiciones de otras leyes que confirman que el concebido es considerado persona.

La misma prohibición del aborto incluso bajo sanción penal es reveladora de que el ordenamiento tutela la vida del concebido con el instrumento de máxima coacción. Cfr. arts. 342 y ss. del Código Penal. El Código Sanitario establece que se prohíbe toda acción que tenga por fin provocar un aborto (art. 119 CS), con lo cual deja claro que es ilícito atentar contra la vida del concebido si se trata del fin directo de la acción. Otra cosa son las muertes fetales que ocurran como consecuencias no queridas de un tratamiento médico necesario para la vida o salud de la madre (por ejemplo, si la madre debe ser sometida a quimioterapia y eso termina en una frustración del embarazo). No hay que confundir estas situaciones con el llamado aborto terapéutico, cuyo fin es eliminar al feto como medio para salvar la vida o la salud de la madre (casos que en la medicina moderna no se presentan en la práctica).

Otras normas que afirman la tutela del concebido son las normas en protección de la maternidad. Es claro que estas disposiciones no tienen por fin sólo proteger a la mujer embarazada sino también al nuevo ser humano que lleva en su seno. Así, se protege la

maternidad en el trabajo mediante las instituciones del descanso maternal (arts. 195-197 CT), subsidio maternal (art. 198 CT), fuero durante el embarazo y hasta un año después de expirado el descanso maternal (art. 201 CT) y derecho de traslado a funciones que no sean perjudiciales para la salud de la mujer embarazada (art. 202 CT). Para evitar discriminaciones injustas se dispone que ningún empleador puede condicionar la contratación, permanencia, renovación o promoción o movilidad de un empleo a la ausencia o existencia de embarazo, y exigir certificados con tales fines (art. 194 inc. final CT).

Incluso más, la ley N° 14.908, de pago de pensiones alimenticias permite a la madre pedir alimentos no para ella sino para el hijo que está por nacer.

Finalmente, por si quedara alguna duda, tenemos la nueva ley de Genoma Humano, ley 20.120, de 2006. Aunque destinada a la tutela de los derechos de las personas frente a los posibles abusos de la manipulación genética y biomédica, el texto legal se inicia con una declaración general que comprende también la vida y la integridad corporal del *nasciturus*: “Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas” (art. 1°). Si bien no se emplea la expresión personas, sino la de seres humanos, es obvio que se refiere a la personalidad y derechos de toda persona natural, es decir, los individuos de la especie humana.

d) El espíritu general de la legislación. La Constitución y los tratados internacionales

El art. 24 CC contempla como criterio de interpretación al espíritu general de la legislación. Es la finalidad o *ratio* de todo el ordenamiento jurídico. Pensamos que aquí debe tenerse en cuenta la luz que nos proporcionan la Constitución, por una parte, como texto de principios fundantes de la República y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, que según la Constitución, de alguna manera, forman parte también de nuestro sistema de fuentes.

Pues bien, la Constitución dispone que las personas nacen con igual dignidad y derechos, de lo que se deduce que son personas y que tienen esa dignidad y derechos desde antes del

nacimiento. Además, se dispone que la ley protege la vida del que está por nacer (art. 19 N° 1), norma constitucional que especifica una tutela especial del derecho general a la vida que se asegura a todas “las personas”, según reza el art. 19 en su inicio, y que por cierto incluye la referencia a “el que está por nacer” del N° 1 de dicho precepto.

El Pacto de San José de Costa Rica dispone expresamente que el derecho a la vida se protege en general (es decir, para todos), desde la concepción (art. 4.1), y la Convención de Derechos de Niño señala que se entiende por niño todo “ser humano” menor de 18 años (art. 1°), aclarando su preámbulo que se debe proteger, incluso legalmente, al niño tanto antes como después del nacimiento.

e) El tenor literal y el espíritu

Finalmente, podríamos decir que con todos estos argumentos, en realidad hemos de forzar el tenor gramatical del art. 74 para sostener que el concebido es persona aún antes de nacer. ¿Pero será verdad de que el texto literal del art. 74 dispone que la persona comienza con el nacimiento?

Recordemos la norma que nos ha ocupado en esta conferencia. El art. 74 CC dispone expresamente que “La existencia legal de toda persona principia al nacer...”. Se advertirá que la norma no dice que “la persona principia al nacer”. Dice algo gramaticalmente diverso: la existencia legal de toda persona principia al nacer. Luego reconoce que ya un sujeto, que se puede calificar de persona antes del nacimiento (“toda persona ya existente y con reconocimiento jurídico”), adquirirá algo que llama “existencia legal” una vez que haya nacido con los requisitos que se fijan.

En consecuencia, son cosas distintas el comienzo de la persona y su “existencia legal”. El mismo texto del art. 74 así lo demuestra. Entonces no es necesario forzar el tenor literal del art. 74, sino más bien leerlo mejor y no confundir “existencia legal” con personalidad. La persona principia con la concepción, la “existencia legal”, entendida como capacidad patrimonial consolidada, principia al nacer.

VI. Conclusiones

Me parece que después de este recorrido puedo concluir mis palabras invitándolos a reflexionar sobre estas ideas. Por cierto, no puede pedirles que estén ciento por ciento de acuerdo con esta postura. Yo mismo la he ido madurando a través de los años y seguramente quedan todavía otros puntos por perfeccionar y complementar. Pero me parece importante que el Derecho Civil no se quede a la saga de los progresos que otras ramas del Derecho, como el Derecho Público y el Derecho Internacional, han estado realizando en el último tiempo para potenciar y fortalecer su rol protector de las personas y de los derechos que emanan de la dignidad humana.

Espero también que estas palabras les hayan ilustrado sobre el método jurídico y el razonamiento que se emplea en las argumentaciones propias de nuestra ciencia, y de cómo con el diálogo fundado en razones, con la aclaración de los conceptos, la exposición honesta de las diversas posiciones y sus argumentos, vamos en forma colectiva, de una manera sinfónica, haciendo que nuestras relaciones como ciudadanos y como comunidad se rijan por un Derecho más justo, por más humano.