

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 1994

ESTUDIOS JURIDICOS  
Y SOCIALES

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N.º 17 / 1994



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

*Editor:*

Agustín Squella

*Asistentes del Editor:*

Aldo Valle y Joaquín García-Huidobro

*Comité Consultivo:*

Albert Calsamiglia (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),  
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo),  
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

*Consejo Editorial:*

Antonio Bascañán, Enrique Barros, José Joaquín  
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,  
Jorge Iván Hubner, Máximo Pacheco y Eugenio  
Velasco.

ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
1994

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL.  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL N° 12  
1994

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las siguientes Universidades: Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Andrés Bello, Universidad Austral de Chile, Universidad Católica del Norte, Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Universidad de Concepción, Universidad Las Condes, Universidad Diego Portales, Universidad de Chile, Universidad de Talca, Universidad Finis Terrae, Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad de La República.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,  
Errázuriz 2120 - Valparaíso.

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 1994

## ESTUDIOS JURIDICOS Y SOCIALES

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1993 - 1995)

Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Juan Enrique Serra Heisse, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

P R E S E N T A C I O N

*La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, que opera en nuestro país como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR), presenta su Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 12, correspondiente a 1994, titulado "Estudios Jurídicos y Sociales".*

*Los trabajos que componen el presente volumen se distribuyen en distintas secciones que el lector puede identificar remitiéndose al índice de la obra.*

*El Anuario de Filosofía Jurídica y Social se edita por nuestra Sociedad desde 1983 y ha entregado hasta la fecha un total de 12 números.*

*Este y los restantes números del Anuario pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.*

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ESTUDIOS

## EL EMBRION HUMANO EN LA LEGISLACION CHILENA

SERGIO CONTARDO EGANA \*

El impresionante desarrollo de las investigaciones biológicas, con su correspondiente ampliación de los horizontes científicos y sus aplicaciones tecnológicas, especialmente en el campo de la genética, ha planteado problemas agudos y de difícil solución, que van más allá del campo puramente médico y entran en los terrenos de la ética y el derecho. Incluso ha surgido una nueva disciplina, la bioética, cuyo objetivo se va determinando justamente alrededor de estas materias.

De entre esta nutrida problemática, queremos acercarnos a un punto concreto que entra en el campo de lo jurídico y sobre el cual incluso se están estudiando anteproyectos de ley. Es el tema referente al concepto de persona aplicado, con todas sus consecuencias legales, al embrión humano

Es probable que para encarar las múltiples situaciones que en un futuro no lejano se planteen, con respecto al tratamiento jurídico del embrión, sea necesaria una modificación de nuestra actual legislación, que la lleve a determinar o precisar nuevas realidades, hasta hace poco tiempo sólo producto de la imaginación de novelistas de anticipación. Y es posible también que, en más de alguna situación, la norma legal resulte casi imposible de aplicar y se tome con-

---

\* Profesor en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile.

ciencia de que no toda la problemática ética puede ser asumida por las disposiciones de la legislación positiva (1).

Veamos algunos elementos que nos aporta nuestra actual legislación para abordar el tema.

El Código Civil se refiere en su libro primero a las personas, ya que ellas son los sujetos de los derechos y deberes que va estructurando a lo largo de su articulado. Y la primera distinción que hace en esta materia es entre personas naturales y jurídicas. Las personas jurídicas, salvo las de derecho público, tienen su origen o en la ley o en el decreto del Presidente de la República que aprueba sus estatutos. Es decir, su origen, su desempeño e incluso su término, son el resultado de acciones jurídicas que la ley expresamente establece y reglamenta. Por ello, al definir las en el artículo 545, nos dice que "se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente".

Cuando el código se refiere a la persona natural, cambia fundamentalmente su enfoque. Ya no está frente a un ente ficticio, sino ante lo más real del mundo jurídico, y por ello afirma lo siguiente: "son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición". Esto quiere decir que dentro de nuestra legislación positiva, es persona todo ser humano, todo individuo de la especie humana.

Esta afirmación está llena de consecuencias de todo tipo. La primera estriba en que la ley no hace ninguna distinción para reconocer la condición de persona. Esa condición y, por consiguiente, el estatuto de sujeto de derecho no están supeditados ni al grado de desarrollo, ni a la capacidad mental ni a ningún otro elemento discriminatorio. Basta con pertenecer a la especie humana. En este punto la legislación no avanza más. Decimos esto porque más de alguien hará la pregunta: ¿y cómo se establece que un determinado ser pertenece a la especie humana? En realidad esa pregunta sólo tendrá sentido cuando el caso esté dentro de una situación límite, en la que pueda en cierta medida plantearse una duda. La cosa se acerca a lo

1. Antonio Pedrals: *Intervención en los procesos de la procreación humana*. Anuario de Filosofía Jurídica y Social, 1991, pp. 325 y ss.

que nos ha mostrado ya la ciencia-ficción y que la manipulación genética hace presumir que pueda convertirse en casos reales, como la producción de híbridos humano-animales. Sin duda que la respuesta no podremos extraerla de la legislación. La afirmación parte de que todo individuo de la especie humana es una persona, un sujeto de derecho. El caso límite deberá ser resuelto en otras instancias: biológica, filosófica, ética. De acuerdo con ello se aplicará la norma legal respectiva.

Otra consecuencia importante está en que la definición legal de persona agrega: "cualquiera que sea su edad". Es decir, y como lo reconocen los juristas, el ser humano dentro de nuestra legislación es persona desde el primer instante de su existencia, desde su concepción y hasta su muerte.

Es conveniente recordar lo anterior, ya que sobre ello se han planteado diversas opiniones que sostienen posiciones, diferentes de la que contempla nuestra legislación, como que el embrión comienza a ser persona no en el momento en que es concebido sino cuando se anida en el útero materno, o cuando su cerebro alcanza un cierto grado de desarrollo, o cuando es viable para una vida extrauterina, o cuando sale del seno materno, o sólo después de algunas horas o días de nacido, y así pueden sugerirse más y más posibilidades al respecto. Pero nuestro Código Civil es claro en su definición y en su determinación de "cualquiera que sea su edad", trátese de dos horas, quince días, nueve meses o más. El hecho de ser persona no es algo que le ocurra a ese ser en un momento de su crecimiento o desarrollo biológico, momento que es fijado arbitrariamente por la opinión de otra persona, sino que ello ocurre desde el momento en que se unen los gametos masculinos y femenino y dan origen a la célula primitiva con su dotación completa de cromosomas. Es decir, cuando se concibe el ser humano se ha concebido a una persona (2).

Es preciso aclarar aquí una situación que parecería ser un tanto contradictoria con lo recién señalado. El artículo 74 del Código Civil dice que "la existencia legal de toda persona principia

2. Enrique Rossel: *Breve estudio sobre la familia*. Editorial Jurídica de Chile, 1954, pp. 23 y ss.



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".

La lectura desprejuiciada de este artículo nos muestra con claridad que el Código hace una diferencia entre lo que los autores llaman la existencia natural y la existencia legal de las personas. Es una distinción que, básicamente, se orienta a resolver diversas situaciones especialmente de orden patrimonial, que recibirían tratamiento diferente según sea el caso de que el ser que está en el vientre materno nazca vivo o no. Por ello se requiere determinar lo que se entiende, para estos efectos, por nacer. Y ello es lo que señala el artículo citado: nacer es un hecho, para la ley, que se produce al estar la criatura completamente separada de su madre. Si ella sobrevive a ese hecho, aunque sea un momento, comienza su existencia *legal* y puede entrar en el goce de diversos derechos que están suspensos hasta ese instante.

Pero igualmente claro está que esa criatura, antes de nacer, tiene una existencia *natural* de persona que ni el Código Civil ni ninguna otra disposición legal pretenden desconocer. Y como se trata de una persona, para nuestra legislación es un verdadero sujeto de derecho. Porque todo lo referente a la "existencia legal" de la persona es una figura jurídica que el Código contempla para resolver difíciles situaciones legales. De allí las formas del lenguaje usado para estos casos: si la criatura no sobrevive al nacimiento "se reputará" no haber existido jamás; en el caso de que sobreviva, entrará en el goce de sus derechos suspensos, "como si hubiera existido al tiempo en que se defirieron"; en el caso contrario, tales derechos pasarán a otras personas "como si la criatura no hubiese jamás existido". Estas fórmulas condicionales hacen ver con toda precisión que la ley, como se dijo, ha aceptado una figura jurídica para resolver problemas que de otro modo serían de solución sumamente compleja.

Cabe hacer aquí algunas reflexiones en torno al planteamiento de que el embrión no es persona y, por tanto, sujeto de derechos, sino luego de haber llegado a alguna de las situaciones a que más arriba nos referimos. En cuyo caso, en el período que va desde la concepción hasta la situación escogida como inicio de la personalización del embrión, éste no sería sino un objeto, un ser vivo que po-

dría recibir el mismo trato que se puede dar a los animales. Estas consideraciones son las que llevan no al concepto legal o jurídico de persona, a que nos estamos refiriendo, sino al concepto filosófico de tal. Y en este campo las distintas posiciones se basan en diferentes maneras de entender lo que constituye a la persona. Sin embargo, es claro que si para designar a un ser humano como persona se exige que este ser tenga su cerebro en un determinado grado de desarrollo, o haya demostrado que puede sobrevivir en la vida extra uterina, o que haya alcanzado cualquiera otra etapa de su desenvolvimiento biológico, se entra a un terreno no sólo oscuro y difícil sino que, también, tremendamente arbitrario. Porque el límite del momento en que el ser humano se considera una persona puede ir desde la fertilización del óvulo, la etapa de embrión, de feto e incluso, una vez nacido, puede señalarse como requisitos el adecuado ejercicio de sus funciones cerebrales, quedando fuera todos los discapacitados o minusválidos, y así recorrer la siniestra ruta de la barbarie nazi.

El equívoco que habría que superar consiste en que, filosóficamente, si consideramos persona a un individuo de la especie humana, es en cuanto pertenece a dicha especie, caracterizada por sus capacidades de inteligencia y voluntad libre, pero no en cuanto al mayor o menor ejercicio o actualización que de esas cualidades potenciales pueda hacer, dificultado por problemas biológicos, sean genéticos o no, ambientales o de cualquier otro tipo. Porque de lo contrario tampoco el niño pequeño que aún no es capaz de razonar o de actuar libremente sería una persona<sup>3</sup>.

Desde el momento de la concepción el nuevo ser humano tiene su propia vida. Y posee en potencia todas las cualidades que de acuerdo con su desarrollo biológico y su código genético, irán madurando y a cuya actualización se irá integrando evolutivamente. Por eso es una persona humana desde que es concebida.

De lo expuesto se deduce que, obviamente, el concepto legal de persona se basa en la realidad ontológica u óptica del ser humano,

3. Marciano Vidal: *Estatuto antropológico del embrión*, en *El don de la vida*. PS Editorial, Madrid, 1987, pp. 97 y ss.; Robert Spaemann: *Todos los hombres son personas*, en *Bioética*. Ediciones Rialp S.A., Madrid, 1992, pp. 67 y ss.

pero que se diferencia de ella no en que se refiera a otra realidad sino en cuanto se mueve en un aspecto que brota de esa entidad personal y que es su consideración jurídica, vale decir, el hecho de ser realmente sujeto de deberes y de derechos. Como dice un conocido jurista: "el concepto jurídico de persona no es más que aquel concepto que manifiesta *lo jurídico de la persona o ser humano*" (4).

Como ya hemos visto, dentro de nuestra legislación la persona natural posee derechos desde el momento de su concepción, porque desde ese momento es considerada una persona, de acuerdo con la antes citada definición del Código Civil como con otras disposiciones de nuestra legislación (5).

En el inciso segundo del artículo quinto de la Constitución Política de la República de Chile se dice lo siguiente: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes". Esta disposición constitucional es de gran trascendencia, ya que reconoce la realidad de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, lo que significa que se trata de derechos que no son otorgados por la ley positiva sino por aquello que hace que un ser sea una persona: la pertenencia a la especie humana.

Esta norma constitucional no se reduce a una afirmación teórica o más o menos programática, sino que se concreta en disposiciones muy específicas. En efecto, tales derechos, que deben ser respetados y promovidos por los órganos del Estado, se encuentran garantizados en primer lugar por la propia Constitución y en segundo lugar por tratados internacionales ratificados por Chile.

La Constitución realiza esta labor, fundamentalmente, en el artículo 19 de su Capítulo Tercero. Y en el número 1 de dicho artículo

4. Javier Hervada: *Introducción crítica al derecho natural*. Eunsa, España, 1988, p. 122.

5. Máximo Pacheco: *Introducción al Derecho*. Editorial Jurídica de Chile, 1976, pp. 94 y ss. y 167 y ss.

lo nos encontramos con la siguiente afirmación: "La Constitución asegura a todas las personas: el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer".

Esto quiere decir que el ser humano, que es legalmente una persona desde que es concebido, tiene asegurado su derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. Y la especial protección del que está por nacer se precisa en otras disposiciones legales como la del artículo 119 del Código Sanitario, que dice: "No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto", o con el artículo 75 del Código Civil, que dispone que el juez tome medidas "para proteger la existencia del no nacido", o las normas del Título séptimo del Código Penal que sancionan el aborto como un delito.

Y este derecho a la vida, reconocido y asegurado expresamente por la Constitución y por la ley, también lo está en tratados internacionales ratificados por Chile, con lo que vienen a formar parte de nuestra legislación. Tal es el caso del llamado Pacto de San José de Costa Rica, promulgado por Decreto número 873, publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991, y que en su artículo cuatro dice lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

Es interesante recalcar la fórmula empleada en este tratado: "derecho a que se respete su vida". Porque ese es el verdadero sentido del derecho a la vida. La vida no es una "cosa" que poseemos y de la que podemos disponer en cualquier forma, porque la vida se identifica con nuestra propia realidad. Es lo que primariamente constituye a toda persona humana. Es lo suyo fundamental y, como tal, debe ser respetado por los demás. Y en esto consiste el sentido básico del derecho. El derecho "es algo debido a otro según cierta relación de igualdad" (6). Y a otro se le debe lo que es suyo, de donde se desprende el tradicional concepto de justicia, que consiste en dar a cada uno lo suyo. La vida de la persona, en consecuencia, debe ser

6. Santo Tomás de Aquino: *Suma Teológica*. 2.2. Q. 57. a.2.c. Tomo VIII. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1966.

respetada por los demás desde el momento de su concepción. En eso consiste el derecho a la vida.

Queda, en consecuencia, muy en claro que en nuestra legislación, tanto por sus disposiciones constitucionales como legales o por los tratados ratificados por Chile y que se incorporan a su normativa jurídica positiva, el embrión humano es una persona, sujeto de derechos, el primero de los cuales es el derecho a la vida, lo que incluye su integridad física y psíquica, y esto desde el momento mismo de la concepción.

No empece a lo anterior el hecho de que sea muy difícil, desde el punto de vista biológico, determinar el "momento" de la concepción. Es esa una situación que la legislación tampoco puede precisar con exactitud. Es por ello que para determinados efectos jurídicos el Código Civil en su artículo 76 se ha limitado a establecer una presunción: 'De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente. Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento'. Con esta presunción el Código resuelve muchos problemas legales posibles, como lo hace también en el caso del artículo 128 según el cual para pasar a otras nupcias, la mujer si está embarazada deberá esperar hasta el parto y si no lo está, hasta doscientos setenta días subsiguientes a la disolución o declaración de nulidad del matrimonio. Esta presunción y estos plazos tienen diversas consecuencias en la determinación de la calidad de hijo legítimo. Así enfrenta nuestra legislación el problema de determinar el momento de la concepción. Cuando las ciencias biológicas hayan logrado resolver con certeza este punto, sin duda que la legislación habrá de acomodarse a esas conclusiones ciertas.

Dijimos que el hecho de que nuestra legislación reconozca al embrión humano la calidad de persona desde el momento de la concepción significa que desde ese momento es sujeto de derechos. Tiene derecho a la vida, derecho a su integridad física y psíquica, derecho a ser protegido, derecho a la protección de la salud, derecho a ser reconocido como hijo legítimo, derecho a recibir donaciones, herencias o legados. Estos derechos y otros que pueden considerarse, constituyen dentro de nuestra legislación el estatuto jurídico del embrión. Para nuestro derecho se trata de una persona humana, aunque

biológicamente se encuentre en estado de desarrollo. A medida que sus potencialidades se van actualizando, los derechos también se van concretando, especialmente los que tienen relación con el aspecto patrimonial y que el Código denomina, por ello, derechos eventuales, es decir, derechos que en su concreción están sujetos al evento de que la persona humana, que es el embrión, nazca viva. En ese momento la legislación lo considerará no sólo con existencia natural sino también con existencia legal.

El que la ley le reconozca esa existencia de persona humana no se contrapone al hecho de que por su condición de embrión obviamente no puede hacer valer sus derechos por sí mismo. Esta imposibilidad no implica el desaparecimiento de tales derechos. Ellos pueden ser ejercidos en su representación por sus padres que son, justamente, sus representantes legales, los cuales incluso de acuerdo con el artículo 240 del Código, tienen la patria potestad "respecto de los derechos eventuales del hijo que está en el vientre". En caso necesario, según el artículo 343 de dicho Código, se le designará un curador de bienes.

Los avances de las ciencias biológicas y de sus tecnologías están comenzando a presentar situaciones muy complejas que requerirán del correspondiente afinamiento de las normas jurídicas que a ellas se refieran, ya que los casos pueden ser tan curiosos que, a veces, dejarán al que los considera en un estado de perplejidad moral. La manipulación en la que está embarcada la ingeniería genética nos planteará nuevos y difíciles problemas jurídicos<sup>(7)</sup>. Pero, en cualquier caso, para abordar con rectitud la solución adecuada, debe partirse de la realidad que hemos recordado, en el sentido de que nuestra legislación reconoce que el embrión humano es una persona desde el momento mismo de su concepción. Es un sujeto de Derecho y, por tanto, no puede atentarse ni contra su vida ni contra su integridad física y psíquica. El hacerlo es un delito.

7. Crescente Donoso: *El derecho positivo frente a las nuevas posibilidades de reproducción humana*, en *Problemas Contemporáneos en Bioética*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 1990, pp. 225 y ss. Dr. Armando Roa: *La responsabilidad del médico*, en *Ética y humanidad en la medicina actual*. Editorial Universitaria, 1993, pp. 153 y ss.

Esto debe inducir a reflexionar muy seriamente a la hora de aceptar la legalización del aborto o a las consecuencias de actos como la fecundación in vitro en sus distintas modalidades, con la consiguiente "eliminación" de embriones o de su "utilización" para muy diversas finalidades.

Se trata de situaciones límites en las que se encuentran y se ponen en juego distintas disciplinas: la biología, la medicina, la ética, el derecho. La legislación debe estar atenta con gran prudencia a los resultados de los estudios e investigaciones correspondientes, pero no podrá, lícitamente, pasar a llevar esa realidad que ella ha reconocido: el ser humano es una persona desde el momento de su concepción.

## RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL, Y SU CONCRECIÓN EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA CHILENA (1980)

JOSE LUIS GUZMAN DALBORA \*

1. No más de cinco lustros ha el tema de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho constitucional apenas sobrepasaba el tratamiento de una de esas cuestiones de rigor, más o menos ineludibles al momento de caracterizarse al primero y de distinguirlo de las restantes ramas del ordenamiento jurídico, sobre todo en lo que se refiere a aquellas con las que el Derecho punitivo guarda vínculos particularmente estrechos. Basta, como prueba de esto, el examen de la parte introductoria de algunos cursos y manuales en uso y todavía vigentes durante la década de los sesenta<sup>(1)</sup>. Al interior de semejante impostación metodológica afirmaciones solitas, como que "frente al Derecho constitucional, al igual que frente a todas las ramas constitutivas del Derecho, el Derecho penal tiene las vinculaciones que

---

\* Profesor de Derecho penal y de Introducción al Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta (Chile). Diplomado en la *Scuola di Specializzazione in Diritto penale e Criminologia*, de la Universidad de Roma.

1. Cfr., por ejemplo, Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho penal* (publicados, siete volúmenes). Losada S.A., Buenos Aires, 1956-1970 (segunda edición), aunque al eminente penalista español no se le ocultara el problema político-penal, al que dedica extensas páginas, en el tomo II (1950), pp. 163-213; Antón Oneca, José: *Derecho penal*. Akal, Madrid, 1986 (segunda edición, anota-