

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 2000

### DERECHO Y CAMBIOS CULTURALES



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
2000

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 18  
2000

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Valparaíso, Central de Chile, de Concepción, de Chile, de Los Andes, del Mar, Diego Portales, Finis Terrae, de la República y de Valparaíso.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a cabo la impresión de esta obra.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. - 0170 - 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL  
Errázuriz 2120 - Valparaíso

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2000

## DERECHO Y CAMBIOS CULTURALES

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1999 - 2001)

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

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

PRESENTACION

Este número del Anuario de *Filosofía Jurídica y Social* corres-  
ponde a 2000 y aparece a inicios del segundo semestre de 2001, año este  
último en que la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social cum-  
ple 20 años de existencia.

En efecto, nuestra Sociedad fue fundada el año 1981, en  
Valparaíso, y celebrará su vigésimo aniversario en el mes de diciembre  
de 2001, ocasión en la que contaremos con la presencia de Eugenio  
Bulygin, Presidente de la Asociación Internacional de Filosofía del  
Derecho y Filosofía Social, de la cual nuestra corporación es una de sus  
secciones nacionales a lo largo del mundo.

Por lo dicho previamente, el número próximo del *Anuario de Fi-  
losofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2001, el cual esperamos en-  
tregar en el primer semestre de 2002, será el número de aniversario de  
la sociedad, esto es, aquel que dará cuenta de nuestros 20 años de exis-  
tencia.

En cuanto al presente número del Anuario, en él, luego de la  
habitual sección *Estudios*, se incluye una sección *Ponencias*. En esta sec-  
ción se reproducen las ponencias que fueron presentadas en la IV Jor-  
nada Chilena de Filosofía del Derecho, que fue organizada por nuestra  
Sociedad y por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. La  
mencionada jornada fue convocada con el título "*El derecho en la pers-  
pectiva de los cambios culturales*".

Se incluye también una sección *In memoriam*, dedicada al filósofo español del derecho, Albert Calsamiglia, muerto en 2000, quien tuvo estrechos lazos con nuestro país.

Cierra el presente volumen la sección *Recensiones*, en la que se comentan algunas obras de interés en el campo de la teoría y filosofía del derecho.

Este y los números anteriores del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso.

*Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*

E S T U D I O S

“Si el elemento religioso no había podido ejercer influencia alguna para civilizar a los indios, ni tampoco había contribuido a morigerar a los españoles corrigiendo sus costumbres y reprimiendo los malos instintos de la soldadesca, servía, en cambio, para mantener viva la devoción que constituía uno de los rasgos distintivos del carácter nacional. Los habitantes de Chile podían ser acusados de cualquier delito y de cualquier vicio; pero no era posible poner en duda su fervor en el cumplimiento de las prácticas religiosas, ni su odio a los herejes, a los judíos y a los pretendidos brujos. Ellos supieron con vivo contento que en 1570 se había establecido en Lima el tribunal de la inquisición, encargado, como los tribunales análogos de España, de perseguir y castigar a los herejes y hechiceros. El cabildo de Santiago reconoció en su carácter público al representante oficial, o comisario de la Santa Inquisición, encargado de apresar y de remitir a Lima a los individuos sospechosos de herejía o de hechicería. Este cargo, tan odioso según las ideas de la civilización moderna, fue, sin embargo, muy codiciado durante toda la era colonial, y llegó a constituir un título de honor y de prestigio para el personaje que lo desempeñaba, y un timbre de gloria para su familia y sus descendientes”.

Sin embargo, los métodos aplicados por la Inquisición, aunque para muchos no mereciesen reproche, siempre fueron moralmente censurables. Como reconoce René Millar, varios aspectos del procedimiento “resultan especialmente duros y atentatorios a los derechos humanos”.

El mismo Millar manifiesta que, en general, “a nivel de opinión culta, existe unanimidad para considerar el modo de proceder de la Inquisición como el método judicial más perfecto ideado para condenar de manera injusta a las personas” (*Inquisición y sociedad en el virreinato peruano*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1998, p. 81).

21. No es siempre bueno lo que conviene a los propósitos de inquisidores o políticos. La fuerza no es la ‘última razón’, si no está moralmente justificada.

Los crímenes de Stalin son condenables; pero también lo son, por ejemplo, “las graves violaciones a los derechos humanos, en que incurrieron agentes de organizaciones del Estado durante el gobierno militar”, según se reconoce en el “Acuerdo de la Mesa de Diálogo sobre derechos humanos” (*Estudios Públicos* 79, 2000, p. 483).

El ejercicio del poder y los cambios sociales han de evaluarse de acuerdo con una moralidad objetiva.

## “EL DERECHO ANTE LOS DESAFIOS DE LAS BIOTECNOLOGÍAS: LA CUESTION DEL INICIO DE LA VIDA HUMANA”

IAN HENRIQUEZ HERRERA \*

El desarrollo de las biotecnologías en las últimas décadas plantea a los ordenamientos jurídicos una serie de interrogantes, cuyas respuestas mucho no pueden esperar: tanto por la importancia de los bienes jurídicos involucrados, cuanto porque el mismo tráfico vertiginoso va exigiendo del derecho regulaciones que le encaucen.

Del conjunto de aquellas complejas preguntas, hemos escogido una, que estimamos particularmente relevante: el inicio de la vida humana.

Claude LEVI-STRAUSS considera como uno de los hechos fundantes de la moderna antropología cultural el encuentro de dos mundos cuando la conquista de América (1). Ello, porque un grupo de seres humanos se enfrenta con otro grupo de seres humanos, mutuamente desconocidos, y comienzan, entonces, las preguntas claves: ¿qué o quiénes son? Las actuales biotecnologías, con el notable desarrollo de

\* Abogado. Magister en Derecho Privado, Universidad de Chile. Ayudante de Antropología Jurídica. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

1. LEVI-STRAUSS, Claude. “Las Tres Fuentes de la Reflexión Etnológica”, en “La Antropología como Ciencia”, Anagrama, Barcelona, 1975, p. 15 y ss.

la microscopía, nos permiten ver y conocer la gestación humana en el alba del ciclo vital, y se reiteran las preguntas ante estos seres humanos, hasta ahora ignotos: ¿qué o quiénes son?

Existe consenso en la comunidad científica que con la fusión de las membranas de los gametos masculino y femenino se inicia el ciclo vital de nuestra especie zoológica *homo sapiens*. Es decir, desde aquel instante, comienza a existir un nuevo ser vivo de nuestra especie: un nuevo ser humano.

Sin embargo, existen a lo menos cuatro hipótesis que sitúan el inicio de la persona humana en un momento posterior:

— Una hipótesis equipara persona a individuo, e individuo a indivisibilidad. Hasta los 14 días postreros a la fecundación puede producirse tanto el fenómeno de gemelación —que un embrión se fisione en dos—, cuanto el de quimerismo —que dos embriones se fundan en uno—; por lo tanto sólo a partir de los 14 días después de la fecundación puede hablarse de persona humana <sup>(2)</sup>;

— Otra hipótesis señala que siendo la racionalidad lo propio de la persona humana, no estamos ante ésta sino hasta que se presenten las primeras manifestaciones del sistema nervioso, lo que ocurre aproximadamente 48 días después de la fecundación <sup>(3)</sup>;

— Una tercera hipótesis afirma que lo característico de la persona humana es tener intereses propios, y ello sólo comenzaría a ocurrir cuando pudiese tener vida independiente de la madre, es decir, cuando se trate de un sujeto viable; hecho que ocurriría a partir del inicio del tercer trimestre de gestación <sup>(4)</sup>;

2. Así, vgr. BOECKLE, F. "Ética y Medicina", Guadarrama, Madrid, 1972, pp. 292-6; HAERING, B, "New Dimensions of Responsible Parenthood", en TS 37, 1976, p. 127. En nuestro medio latinoamericano podemos citar a Roberto COCO, quien así lo presupone en su artículo "Algunas consideraciones sobre los aspectos éticos del diagnóstico preimplantacional", en Cuadernos de Bioética, Ad Hoc, Buenos Aires, n° 0, oct. 1996, pp. 53 y ss.

3. CF "The ethics of the reproductive revolution", Annals of New York Academy of Sciences.

4. DWORKIN, Ronald. "El Dominio de la Vida", Ariel, Barcelona, 1993.

— La cuarta hipótesis, refiere que el carácter de persona se adquiere progresivamente, en la interacción y en el reconocimiento recíproco con los otros, es decir, lo propio de la persona humana es la racionalidad. Por ello, ni un feto ni un niño recién nacido de suyo han de ser personas humanas; sólo lo serán en la medida que sean reconocidos como tales <sup>(5)</sup>.

Ahora bien, estamos convencidos que constituye un yerro extrapolar estas hipótesis, con sus respectivas discusiones y consecuentes definiciones —las que, en su ámbito de competencia, pueden resultar muy interesantes—, sin más al ámbito jurídico. Nuestra tesis señala que el Derecho no puede sino considerar que la vida humana principia en la fecundación, puesto que de lo contrario violentaría fines preciosos para el Derecho y establecería una discriminación odiosa, basada en una cualidad adscrita.

Para el desarrollo de nuestra argumentación, conviene tener en vista tanto las características de la dogmática jurídica, cuanto la importancia de la igualdad ante la ley en el derecho internacional de los Derechos Humanos y su incidencia en el Derecho Civil.

Hemos de dejar establecido que —conforme a lo reseñado de las cuatro hipótesis anteriores— es indubitada la condición de SER HUMANO del embrión. Lo que se cuestiona es si ese ser humano es persona, cuestionamiento que, como veremos, para el Derecho es inaceptable.

#### A. Características de la ciencia jurídica

En lo que respecta a las características de la dogmática jurídica, en primer término, cabe hacer notar que el Derecho, como toda disciplina, tiene un método propio, método que, a su vez, posee categorías, nomenclaturas y clasificaciones.

Como bien lo indica Niklas LHUMMAN, el derecho —más específicamente la dogmática jurídica— trabaja con categorías binarias <sup>(6)</sup>,

5. Así, vgr. AA VV, "Nouveau dossier sur l'avortement".

6. CF LUHMANN, Niklas. "Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica". Madrid, 1983.

idea fuerza que es compartida por BROEKMAN (?). La primera gran distinción, una clasificación básica, primigenia y fundamental en el mundo del Derecho es la diferenciación entre "persona" y "cosa". Para el Derecho sólo hay "personas" o "cosas", no hay categorías intermedias<sup>(8)</sup>.

Ligado a lo anterior, se constata que el Derecho, además, tiene un método lógico (deductivo) y no dialéctico (inductivo), y por lo mismo, es esencialista —trabaja con definiciones del ser, y por lo tanto es ontológico<sup>(9)</sup>— y no fenoménico —no se basa en meras descripciones, no es fenomenológico<sup>(10)</sup>—. Así, para el Derecho las cosas son o no son, y no devienen ni transmutan. En Derecho no existen piedras filosofales ni alquimias cabalísticas. El método lógico, además, se erige en el derrotero propio de la argumentación jurídica<sup>(11)</sup>.

7. LOYARTE, Dolores et al. *"Procreación Humana Artificial. Un desafío Biotético"*. Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 30.

8. Cf. ANDORNO, Roberto. *"La distinción jurídica entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles"*. L.G.D.J., Paris, 1996. El profesor Raúl MADRID desarrolló "in extenso" esta temática en su conferencia "Consideraciones Jurídicas sobre el Proyecto Genoma Humano", dictada en Septiembre de 1999 en el Centro de Extensión de la Pont. Universidad Católica de Chile. También tratan en detalle este tema LOYARTE Dolores et al en *"Procreación Humana Artificial..."* oc. p. 218.

9. Cabe precisar que el Derecho, reitero, trabaja con definiciones del ser, aun cuando no le toca, por regla general hacer las definiciones, sino las prescripciones. En esta perspectiva, el Derecho es deontológico, más que ontológico. Cf. LOYARTE Dolores et al. *"Procreación Artificial..."* oc p. 218.

10. Pido se me excuse aludir a una experiencia personal. Al elaborar mi tesis de grado, que versaba sobre el embarazo precoz y el consentimiento matrimonial, publicada en Revista de Derecho UCV 1998 XIX, pasé muchas horas buscando una definición de "embarazo", y en toda la literatura médica consultada sólo encontré descripciones del proceso, pero nunca una definición, como a las que los abogados estamos habituados. Así también, en mi ejercicio profesional he debido trabajar muy mancomunadamente con psicólogos y psiquiatras, y del mismo modo he percibido esta diferencia de métodos.

11. Cf. MANS, Jaime: *"Lógica para Juristas"*. Bosch, Barcelona, 1969; STREETER, Jorge: *"El Razonamiento Jurídico" en "Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos"*, Jurídica, Santiago, 1992.

En tercer término, el Derecho posee un lenguaje propio, un "lenguaje jurídico", por el cual los términos muchas veces distan del significado del vocablo corriente o bien de la expresión en otras áreas temáticas o disciplinas. Una persona natural no es una persona espontánea, ni oriunda de algún lugar, ni contrapuesta a persona artificial. José Martí oponía persona natural a criollo europeizado. No es ese, evidentemente, el sentido jurídico de la acepción.

Por otra parte, como es sabido, para el Derecho tiene una singular importancia el principio de certeza, vinculado con la seguridad jurídica, que para el profesor MILLAS era el principio jurídico por antonomasia<sup>(12)</sup>.

Finalmente, el Derecho existe para proteger al más débil. Quien tiene la fuerza no requiere del Derecho para obtener lo suyo<sup>(13)</sup>. El Aquinate afirmó que una de las causas de la injusticia es la violencia del poderoso<sup>(14)</sup>. El profesor de la Universidad de Lima David SOBREVILLA, en lo que él denomina la primera fábula de la literatura occidental, resalta esta característica. En el relato de HESIODO, un ruiseñor se lamenta cogido entre las garras curvadas de un halcón, que le dice que es inútil hacerlo, pues en el reino animal prima la ley del más fuerte. No es así en cambio en el reino humano, advierte Hesiodo a Perses: aquí reina la justicia<sup>(15)</sup>.

12. Cf. STREETER, Jorge, Apuntes de Cátedra Filosofía del Derecho, Fac. de Derecho Universidad de Chile.

13. Cf. FIGUEROA, Gonzalo. Apuntes de Cátedra de Docencia Jurídica, Escuela de Graduados Fac. de Derecho Universidad de Chile.

14. Cf. *"Comentario al Libro de las Sentencias de Pedro Lombardo"*.

15. Dice el magnífico texto de HESIODO: *"Pues grábate esto en tu corazón, presta atención a la justicia y olvida por completo la violencia. Pues el Crónida puso esta norma para los hombres: para fieras y pájaros voladores comerse unos a otros, puesto que no hay justicia en ellos, pero a los hombres les dio justicia que es más provechosa..."* (Trabajos y Días, 275), citado por David SOBREVILLA en *"Las Ideas Jusfilosóficas en la Grecia Preplatónica"*, en "Anuario de Filosofía Jurídica y Social", Soc. Chilena de Filosofía Jurídica y Social, EDEVAL, Valparaíso, n° 16 1998 p. 15.



Similar enseñanza transmite Cervantes por boca del Manchego: "Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia" (16).

El Derecho desde siempre ha custodiado con predilección al indefenso, a quien está en una situación desfavorable. Se han elaborado tres principios que pertenecen al derecho penal (in dubio pro reo), al derecho laboral (in dubio pro operario) y al derecho de las obligaciones (favor debitoris). Como bien lo indica Hugo OBLIGIO la exigencia de la justicia de estos principios debería ser llevada también al terreno de la bioética, para la protección del concebido (17).

Pues bien, todos estos elementos vinculados a las características de la dogmática, hemos de aplicarlos al tema que nos ocupa: el inicio de la vida humana.

De esta forma, si se concede que el Derecho trabaja con categorías binarias, y que la primera gran clasificación del mundo jurídico es entre cosas y personas, el embrión humano o es cosa o es persona. No puede ser una cosa en proceso de personificación ni una persona en estado cosificado. No. Es persona o es cosa.

Recordemos que está bien asentado que el embrión es un ser humano. Es pertinente, entonces, traer a colación el art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (18), que expresa el derecho de todo SER HUMANO, doquiera que se encuentre, al reconocimiento de su personalidad jurídica, en palabras del profesor BUSTOS, a su entronización en el mundo del Derecho (19). Idéntica norma contiene el

16. Cf. "El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha" Cap. XLII.

17. OBLIGIO, Hugo. "Jornadas Nacionales de Ética Biomédica". Comisión Nacional de Ética Biomédica, Buenos Aires, 1999 p. 127.

18. "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica".

19. BUSTOS, José. "El Derecho Civil ante los retos de la Nueva Genética", Dykinson, Madrid, 1996.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 16 (20). Y el mismo contenido se desprende de los artículos 1 n° 2 y 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, el art. 1 n° 2 dice que para los efectos de la Convención "persona es todo ser humano". A su vez, el art. 3 señala que toda persona —es decir, todo ser humano— "tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica". Este derecho, según el art. 27 de la Convención Americana, no es susceptible de suspensión alguna.

Al discutir la Convención Americana, el entonces Vicepresidente de la Comisión Interamericana Marco Gerardo MONROY CABRA, escribió que la personalidad jurídica incluye el derecho al reconocimiento civil y la capacidad legal (21).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en reiteradas ocasiones ha afirmado que en casos de tortura y desaparición —es decir, cuando a un ser humano se le trata como a una cosa— se vulnera, entre otros derechos, el reconocimiento a la personalidad jurídica. Excluir a un ser humano del orden jurídico e institucional del Estado, significa "una negación de su propia existencia como ser humano revestido de personalidad jurídica" (22).

Por lo cual, no cabe distingo alguno entre ser humano y sujeto de derecho, o en otros términos, entre ser humano y "persona". Un ser humano nunca puede ser una cosa.

Pedro NIKKEN, quien fuera Presidente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Juez de la Corte Interamericana, afirma categóricamente que los derechos humanos son aquellos que le corresponden a todo ser humano por el mero hecho de ser tal (23), afirma-

20. Vid.

21. Citado en COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Informe Anual 1996". Washington, 1997, p. 341, respuesta de los peticionarios en caso n° 10.675 (informe n° 51/96).

22. COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Informe Anual 1996". Washington, 1997, pp. 393, 406, 418, 495.

23. NIKKEN, Pedro. "Antología Básica sobre Derechos Humanos" IIDDDH, Costa Rica, 1993.

ción que es pacífica en esta materia. Encontramos asertos de la misma índole en Máximo PACHECO<sup>(24)</sup>, Diego URIBE<sup>(25)</sup>, Antonio CANCELADO<sup>(26)</sup> y Cecilia MEDINA<sup>(27)</sup>, entre otros eximios autores. Con la sola consideración de aquello no debiese dar lugar a duda alguna que el embrión —el más joven de los seres humanos— es persona. Máxime, si explícitamente se le reconocen derechos en instrumentos internacionales, v.gr el derecho a la vida en el art. 4 n° 1 del Pacto de San José de Costa Rica<sup>(28)</sup>. Entonces, el embrión humano es persona.

Las alusiones al derecho Internacional de los Derechos Humanos no resultan inanes, puesto que según la doctrina mayoritaria las normas que de allí emanan tienen el carácter de autoejecutables, y poseen, a lo menos, rango constitucional<sup>(29)</sup>. Es esta una tendencia contemporánea universal.

Reforzando la personalidad jurídica del embrión humano, añádase que, conforme las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, para interpretar un tratado se debe, de buena fe, atender en primer lugar al sentido corriente de las palabras, teniendo

24. PACHECO; Máximo. *"Derechos Humanos. Documentos Básicos"*. Jurídica, Santiago, 1996.
25. Cf. *"Derecho Internacional y Derechos Humanos"*, San José/La Haya, 1996, p. 190.
26. Cf. *"Derecho Internacional y Derechos Humanos"* San José/La Haya, 1996, p. 84.
27. Cf. Seminario *"El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos"*, Escuela de Graduados, Universidad de Chile, 1999.
28. *"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"*.
29. Cf. *Revista Chilena de Derecho*. Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Número Monográfico "Aplicación del Derecho Internacional en Chile". v. 23 nn. 2 y 3 t.I. Mayo-Agosto 1996.

en cuenta su contexto, objeto y fin<sup>(30)</sup>; y "ser humano" indica a todo miembro de la especie humana, o, como lo señala el preámbulo de la Declaración Universal, "todos los miembros de la familia humana". ¿Podría pretender la Declaración excluir a algunos miembros de la especie humana? Evidentemente que no. Como elemento interpretativo debe tenerse en consideración el art. 1° de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, que dice: "El Genoma Humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas". Y el genoma queda definido en la fecundación. Es clara, además, la sinonimia que emplea la Declaración de 1948 —así como todos los instrumentos de protección general de Derechos Humanos— entre los vocablos "ser humano", "persona humana", "hombre".

Preciso es tener en vista que la interpretación de los Derechos Humanos, tiene además —según la doctrina— reglas específicas: es dinámica, extensiva, protectora y expansiva: todos aspectos que refuerzan la inclusión del embrión humano. Si seguimos las reglas de la tópicica jurídica, hemos de aplicar el aforismo "favorabilia amplianda", es decir, que las normas favorables se interpretan extensivamente, principio que ha sido recogido y sistematizado por la doctrina en materia de derechos humanos. El segundo aforismo interpretativo que la misma doctrina ha afirmado es: "pro homini", por el cual las reglas de estas cartas siempre se interpretan en beneficio del ser humano. Por todas estas razones, queda afirmado el derecho del embrión humano al reconocimiento de su personalidad jurídica<sup>(31)</sup>. Como lo ha dicho Antonio

30. Dígase el art. 31 de dicha Convención: "Regla general de interpretación. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

31. Sobre la interpretación de los tratados de Derechos Humanos, Cf. MEDINA, Cecilia: *"El Derecho Internacional de los Derechos Humanos"* en "Sistema Jurídico y Derechos Humanos", Escuela de Derecho Universidad Diego Portales 1996 pp. 74 y ss; NOGUEIRA Humberto: *"Dogmática Constitucional"*, Universidad de Talca 1997 pp. 140 y ss; BUERGENTHAL Thomas et al: *"La Protección de los Derechos Humanos en las Américas"* Civitas, Madrid, 1990 pp. 160 y ss.

RODRIGUEZ VARELA, la vida humana ontológicamente siempre configura una persona. Dice este autor: "En definitiva, proclamar que el hombre, desde la concepción hasta su muerte, es persona, implica oponerse a su cosificación, a su transformación en un objeto, y a su eclipse como titular de derechos irrenunciables" (32).

Hemos citado la Convención Americana sobre Derechos Humanos como ejemplo en que expresamente se reconoce al ser humano desde la concepción la titularidad de un derecho. En el concierto europeo podemos citar la Recomendación 1046 de 1986 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que en su n° 5 señala que desde la fecundación la vida humana se desarrolla de manera continua (33), y en su n° 10 indica que el embrión humano debe beneficiarse en toda circunstancia del respeto propio de la dignidad humana (34). Tres años más tarde, en la Recomendación 1100 de 1989 se reiteran estos conceptos, al señalarse en el n° 3 que el embrión debe ser tratado con el respeto de la dignidad humana (35), en el n° 4 se insiste en que este respeto es propio a toda vida humana, y que la libertad de investigación debe equilibrarse con tal respeto a la dignidad (36), en el n° 6 se considera la conveniencia de definir la protección jurídica acorde al embrión desde la fecundación (37).

32. RODRIGUEZ, Antonio. "Fundamentación Filosófica y Fundamentación Religiosa de la Ética Biomédica" en Jornadas Nacionales de Ética Biomédica. Comisión Nacional de Ética Biomédica, Buenos Aires, 1999 p. 112.

33. "Considérant que dès la fécondation de l'ovule, la vie humaine se développe de manière continue..."

34. "Considérant que l'embryon et le fœtus humains doivent bénéficier en toutes circonstances du respect du à la dignité humaine..."

35. "L'embryon et le fœtus humains doivent être traités dans le respect de la dignité humaine..."

36. "et le respect de la dignité humaine inhérente à toute vie..."

37. "Considérant qu'il convient de définir la protection juridique à accorder à l'embryon humain dès la fécondation de l'ovule, comme il est prévu dans la Recommandation 1046;"

En la tradición continental no es novedoso en absoluto que el concebido sea sujeto de derecho. Así, en el Derecho romano un texto significativo es aquel de Juliano en el Digesto: "qui in utero sunt in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse" (Dig, 1,5,26), es decir, que los que están en el vientre en casi todo el Derecho civil se tienen por nacidos. El profesor Pierangelo CATALANO afirma que "según los Digesta de Justiniano, la igualdad del concebido y del nacido es un principio de carácter general" Según este ilustre romanista, quien cita a LA PIRA, "la concepción determina el surgimiento de un nuevo suus en la familia" Añade el profesor de la Universidad de Roma que "según el Derecho romano, al menos en la edad justiniana, el concepto de la 'existencia' del concebido se explica como afirmación de un principio general de igualdad ontológica" (38).

Junto al brocardo ya mentado, cabe indicar la regla "infans conceptus pro natu habetur quoties de commodis eius agitur" (Paul. Dig, de statu homini, 1,5), por la cual el concebido se reputa nacido para todo aquello que le favorezca.

La regla "infans conceptus pro natu habetur quoties de commodis eius agitur" fue recibida en Francia por el antiguo derecho y luego por el Código de Napoléon. Según lo indica el profesor Roberto ANDORNO (39), los trabajos preparatorios del Código Civil francés muestran claramente que la personalidad del *conceptus* no era una simple ficción legal, sino que, por el contrario, era una realidad constatada por la ley, puesto que, tal como se afirmó en aquella ocasión "el niño existe realmente desde el instante de la concepción" (40). Sabido es que el Código de Napoleón fue la fuente inspiradora directa de la mayoría de los Códigos decimonónicos y del proceso codificador moderno, del cual participó también el Código Civil chileno.

38. Cf. CASTAN, José María. "La Tradición Jurídica sobre el inicio de la Vida Humana". Universidad San Pablo Ceu, Madrid, 1994, pp. 4-5.

39. ANDORNO, Roberto. "Bioética y Dignidad de la Persona". Tecnos, Madrid, 1998, pp. 105-6.

40. Cf. Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. XII, P.A. Fenet, paris, 1827, p. 128, citado por Roberto ANDORNO, o.c. p. 106.

En la tradición continental existe, casi sin excepción, la norma que prohíbe la ejecución de una mujer en estado de gravidez —norma que es recogida, además, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6.5)—. Esta norma sólo se justifica, como apunta Luis TINOCO, si se considera que existe un ser humano desde el momento mismo de la concepción (41).

El tratamiento jurídico del concebido en la tradición del Common Law excede con creces el ámbito de este trabajo; pero bástenos constatar que también en esa familia jurídica podemos encontrar ejemplos recientes de la titularidad de derechos del embrión humano. Así, se lee en una sentencia del juez Dale Young de Maryville (Tennessee), en el caso "Davis versus Davis", de 21 de Septiembre de 1989: *"en materia de derecho de familia, ningún principio establecido supone obstáculo a que la Common Law se extienda y se aplique a los siete seres humanos que existen en forma de embriones in vitro"* (42).

En lo que respecta al Derecho Chileno de fuente interna —para no reiterar las alusiones al Derecho Internacional de Derechos Humanos, con rango constitucional y autoejecutable en nuestro país—, cabe tener presente el art. 19 n° 1 de la Constitución Política de la República. En la historia fidedigna de la Constitución chilena de 1980 consta el acuerdo de la Comisión Constituyente, en sesión 90, en orden a que el inciso primero del art. 19 n° 1 de la Constitución incluye la protección del concebido, porque —en palabras del Presidente señor Ortúzar— *"no podría desconocer que dentro del vientre materno, desde la concepción, hay un ser humano"*. El profesor Hernán MOLINA GUAITA, de la Universidad de Concepción, afirma que *"El constituyente protege la vida humana, desde su inicio natural, desde el momento mismo de la concepción. El nasciturus es persona"* (43). En rigor, debiésemos precisar: el "con-

41. COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual 1980-1981 p. 55.
42. Citada por A. OLLERO en *"El Derecho a la Vida"* o.c. p. 289.
43. MOLINA, Hernán. *"Derecho Constitucional"*. Universidad de Concepción, Concepción, 1998, p. 166. Sobre el nasciturus como persona, cf: Jorge

ceptus" es persona. En el Código Civil chileno, el estado civil de hijo —que es un atributo de la personalidad— se adquiere desde la concepción, puesto que los efectos de la filiación se retrotraen a la época de la concepción (art. 181 inc. 1). También en nuestra legislación civil existe la norma por la cual las penas sancionatorias a la madre se diferirán hasta fecha posterior al nacimiento (art. 75).

Hemos afirmado, del mismo modo, que el Derecho —al menos en la familia continental— es esencialista y que las esencias no transmutan. Si para el Derecho el embrión es persona, tal condición jurídica no es progresiva: puesto que se es o no se es; ni tampoco es circunstanciada: no importa si la persona está en una isla, en la cordillera, encerrada en una cápsula de petri, congelada —o "criopreservada" reza el eufemismo— o in útero (44). Aceptar esa categoría mutante a causa

---

PRECHT, "La Administración del Estado al servicio de la Persona en gestación", en XXVI Jornadas de Derecho Público, Universidad de Chile t. 1, en Revista de Derecho Público nn. 57-58 enero-dic. 1995 pp. 192-207; Jaime SILVA, "El nasciturus y el Derecho a la Vida" id anterior pp. 177-198; Eduardo SOTO KLAUSS, "La noción de Persona en la Constitución", en Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, n° 50 julio-dic. 1991, pp. 137-144; etc.

44. Para estos efectos es importante tener en vista la distinción entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio, por una parte, y por otra, que del amplio elenco de derechos humanos, no todos se ejercen a un tiempo. El niño de 17 años, ni el de 8, ni el embrión tienen derecho a voto, por ejemplo, pero sí tienen derecho a la vida. En rigor, afirmar que el embrión requiera un estatuto especial, no significa una discriminación odiosa, como pueden requerir un estatuto especial el anciano o la mujer, siempre y cuando ese estatuto les sea más favorable atendiendo a sus propias especificidades. El Informe Warnock y el Informe de la Comisión de Salud de los EE.UU. aluden a esta especificidad, la que fue no beneficiosa sino gravosa: *"El embrión humano tiene derecho a un profundo respeto, pero ese profundo respeto no necesariamente implica [encompass: circundar, rodear] abarcar la totalidad de los derechos legales y morales atribuidos a las personas"* (U.S. DEPARTMENT OF HEALTH, EDUCATION AND WELFARE. "Ethics Advisory Board". 1979, p. 101. Citado en MCCORMICK, Richard, "Who or What is the Preembryo". Kennedy Institute of Ethics Journal, Marzo, 1991, p. 6). *"El embrión humano... en la actual legislación del Reino Unido no está bajo el mismo estatuto que el niño vivo o el adulto, ni nosotros hemos concluido que deba igualarse el estatuto. No obstante, nosotros hemos acordado la conveniencia que el embrión de la especie humana tenga un estatuto especial"* (DEPARTMENT OF HEALTH AND SOCIAL SECURITY

del entorno, introduciría además, como se verá, una discriminación basada ya no en la raza ni en la situación social, sino en la situación espacial. ¿Ha de ser “más hombre” dependiendo del lugar donde se sitúe el ser humano?

La lógica del método jurídico se plasma también, hemos dicho, en la argumentación. Pues bien, en las hipótesis bioéticas comentadas al inicio de este trabajo podemos encontrar —mediante el método lógico propio del razonamiento jurídico— severas inconsistencias.

En el caso del argumento que niega la humanidad del embrión por existir la posibilidad de quimerismo o gemelismo dentro de los 14 días siguientes a la fecundación, en el caso de este argumento —digo— puede identificarse un sofisma “ex rebus”, la denominada “fallacia accidentales”, que consiste en atribuir como esencial a todos los individuos de una especie una cualidad que solamente conviene accidentalmente a uno de ellos.

La falacia del “término medio no distribuido” —cuando a un término se le atribuyen connotaciones distintas en la premisa mayor y menor— es en la que incurren quienes niegan la humanidad del embrión por carecer de “racionalidad” o “autonomía”, o “intereses propios”, puesto que la “racionalidad” a la que alude Boecio —muy probablemente la “autonomía” a que alude Kant— es ontológica, puesto que hay distintas naturalezas y entre ellas la racional, y no fenomenológica. En ningún momento Boecio alude al acto de razonar o a la actividad intelectual —o neuronal, si se quiere—, sino que a un tipo de naturaleza denominada “racional”. Se trataría de un sofisma “ex dictione”, específicamente una “equivocación” u “homonimia”.

Respecto del argumento que exige el desarrollo de la corteza cerebral para afirmar la existencia de un ser humano —toda vez que aquella sería el requisito para el ejercicio de la función cerebral—, adolece aquél de un sofisma “ex rebus”, cual es la “fallacia consequentis”. Tiene lugar este sofisma cuando se arguye como si hubiera ilación recípro-

“Warnock Committee”. Great Britain, 1984, pp. 27-63. Citado en en MCCORMICK, Richard, “Who or What is the Preembryo”. Kennedy Institute of Ethics Journal, Marzo, 1991, p. 7). Las traducciones son mías.

ca entre cosas que realmente no la tienen. Puede expresarse en la siguiente fórmula: “X no ejecuta la acción Y, luego X no puede ejecutar la acción Y”. In casu, se afirma “el humano menor de 16 semanas no razona, luego no puede razonar”.

En cuanto a la especificidad del lenguaje jurídico, es atingente afirmar la sinonimia entre “ser humano” y “persona”. Huelga casi referirse al peligro de hacer disquisiciones filosóficas sobre cuáles seres humanos son personas, y acabamos de referirnos a las razones por las que todo ser humano es persona en términos jurídicos. Bástenos por ahora citar la conclusión a la que arriban las profesoras argentinas Dolores LOYARTE y Adriana ROTONDA en su muy prolijo trabajo a este respecto:

*“Damos, por tanto, el mismo alcance a todos los vocablos que identifican los distintos momentos y modos del ser humano (individuo humano; ser humano; hombre; persona; etc); porque todos indican en su esencia que se habla del hombre: por lo que es desde su inicio, y por lo que llegará a ser en el futuro.*

*Resulta desde nuestra concepción, arbitrario condicionar el otorgamiento de tutela jurídica a una forma determinada de manifestación o apariencia (estadio) del individuo humano. Se estaría, de esta manera, condicionando la sustancia o esencia del hombre a sus meros ‘accidentes’, es decir, a los distintos grados, momentos o aspectos de su acontecer. Reconocer al sujeto de derecho desde una instancia de desarrollo tal o cual, dando preeminencia a la existencia de unos u otros signos vitales o de relación, implica desconocer estadios anteriores fundamentales en el devenir del individuo humano, sin los cuales no llegaría a los últimos.*

*En conclusión, no nos parece atendible discriminar entre los ‘modos de ser’ de lo humano, sino entre aquello que no devendrá hombre y quien —en el iter natural— será única y exclusivamente hombre” (45).*

A mayor abundamiento C.I. MASSINI, desde el ámbito de la filosofía del Derecho, señala que la justificación primera de cualquier derecho humano radica en un principio normativo, que puede ser for-

45. LOYARTE, Dolores et al. “Procreación Humana Artificial: Un desafío bioético”. Depalma, Buenos Aires, 1995 pp. 222-223.

mulado del siguiente modo: "todo hombre debe salvaguardar el carácter de persona de todo hombre" (46).

Acorde con lo anterior, hemos dicho, además, que para el Derecho tiene singular importancia el principio de certeza. Y tal, está dada por una decisión jurídica —no arbitraria, sino fundada— que es conceptual y operativamente autónoma. Para LEIBNIZ, los compromisos ontológicos son siempre decisiones de alguna voluntad (47). Cuando el ordenamiento jurídico necesita resolver cuándo comienza un día, no sigue la definición del agricultor (cuando el sol asoma en la cordillera), ni le pregunta a un astrónomo, ni se interesa en si para mí el día comienza cuando me levanto. El Derecho decide y establece un límite (v.gr: el inmediato instante que sigue a la medianoche del día anterior). Da lo mismo si está nublado o si yo no me he levantado aún. En ese instante comienza un día.

¿Cuáles son los criterios, entonces, que debe seguir el legislador para establecer el momento de inicio de la vida humana? El principio de mayor protección para el más débil y el principio de no discriminación. Ambos emanan de la teoría general de Derecho y se encuentran reforzados positivamente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que, como ya hemos insistido, es recepcionado formal y materialmente en nuestro ordenamiento y con rango constitucional.

Respecto del primero de tales principios — el principio de "favor minoris", en estricta sede jurídica, como bien lo afirma Atilio ALVAREZ (48), ha sido reconocido y recogido en la Convención de los Derechos del Niño, en su art. 3.1 (49), y expresado con anterioridad a la Con-

46. MASSINI-CORREAS, C.I. "Filosofía del Derecho". Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 119.

47. Citado por VERNENGO, Roberto en "La interpretación literal de la ley" Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994 p. 40.

48. Cf. LOYARTE Dolores et al. "Procreación Humana Artificial" oc.p. 239.

49. "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

vención por la doctrina en la máxima "tout pour l'enfant" (50) —que reúne, además, el principio de protección integral—.

Para efectos de la Convención de los Derechos del Niño, se entiende por niño a "todo ser humano menor de 18 años" (art. 1): el embrión humano es un ser humano menor de 18 años (tiene menos de 14 días) (51). Si seguimos las reglas interpretativas ya aludidas en este trabajo, la conclusión es irredargüible. Además, tanto la Declaración de los Derechos del Niño como la Convención señalan que el niño tiene derecho a cuidados especiales aún antes de su nacimiento, por lo cual queda de manifiesto que se considera al ser humano en su vida previa aún al nacimiento, y dicha vida comienza —como ya es sabido— en la concepción (52).

Del Derecho de fuente interna encontramos un claro argumento que favorece al embrión con el principio del "favor minoris": los arts. 222, 225, 229, 234, 242, 244, 245, 268, 272, del Código Civil chileno, aluden al "interés superior del hijo". Y el estado civil de hijo se retrotrae a la concepción, según el art. 181.

En lo que respecta al segundo, el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación, lo trataremos en el apartado siguiente, pero, por lo pronto, junto a R. SPAEMANN decimos: "Si la pretensión de pertenecer a la sociedad humana quedara al juicio de la mayoría, habríamos de definir en virtud de qué propiedades se posee dignidad humana y se

50. Cf. TADEBOSSIAN, V. en "Familia, Derecho y cambio social en las sociedades contemporáneas", 1978, citado por DIEZ-PICAZO, Luis en "Familia y Derecho", Civitas, Madrid 1984 p. 171.

51. En esta línea argumental, Cf. MONTANO, Pedro: "Bioética y Legislación" el Nordan Montevideo 1995 p. 156; TRABUCCHI, Alberto: "El Hijo, nacido o por nacer...". RDJ, t LXXXIV n° 2 1987.

52. La Declaración dice en sus Considerandos: "Considerando: que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida proyección legal, tanto antes como después del nacimiento", y la Convención de los Derechos del Niño en su art. 24: "1. Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud.. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de ese derecho y, en particular .. d) asegurar atención sanitaria prenatal...".

*pueden exigir los derechos correspondientes. Pero esto sería suprimir absolutamente la idea misma de derechos humanos*" (53). Añadimos: sería suprimir completamente la idea misma de Derecho.

Por lo cual, la única tesis que puede sostenerse es aquella que implica un mero reconocimiento de una situación de hecho, cual es la pertenencia a la especie zoológica *homo sapiens*, es decir, que la vida humana principia en la concepción. De lo contrario, volveremos a escuchar en clave moderna la profecía de Brecht: "Primero se llevaron a los comunistas, pero no me importó, porque yo no era". Con la diferencia que embriones todos fuimos alguna vez.

#### B. *La igualdad ante la ley y el principio de no discriminación*

También en sede jurídica, tiene especial importancia el principio de igualdad ante la ley. Podría ser concedido que las características de la dogmática jurídica antes reseñadas sólo tienen validez en la familia continental, pero no así en el Common Law. Pero este principio, el de no discriminación, tiene especial importancia en el derecho anglosajón como se desprende de trabajos de importantes filósofos del Derecho como RAWLS (54) o ACKERMAN (55)—y además está recogido no sólo en los derechos domésticos sino que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Para John RAWLS una sociedad verdaderamente liberal y democrática, debe requerir de sus ciudadanos decisiones basadas en un supuesto: que ante ellos hay un velo de ignorancia, por el cual desconocen qué posición habrán de ocupar en la sociedad y qué derechos o privilegios habrán de detentar. Este requerimiento de ética política lo que

53. SPAEMANN, Robert. "Sobre el Concepto de Dignidad Humana"; en MASSINI y SERNA, eds. "El Derecho a la Vida", EUNSA, Pamplona, 1998, p. 98.

54. Cf. RAWLS, John. "A Theory of Justice" Cambridge, Harvard, 1971; "Political Liberalism" Columbia University Press, New York, 1993.

55. ACKERMAN, Bruce. "Social Justice in the Liberal State" New Haven, Yale, 1980; "Political Liberalism" en *The Journal of the Philosophy*, julio 1994, v. 91 n° 7.

tiene a la base es un imperativo de imparcialidad y de igualdad ante la ley. Los contratantes originales, colocados detrás del velo, se encontrarían racionalmente obligados a adoptar una concepción fuertemente igualitaria de la justicia. De más está decir que, en lo que a mí respecta, tras un velo de ignorancia preferiría ser protegido desde el inicio mismo de mi vida, es decir desde la concepción. Creo que esta decisión de sentido común es exigible a todo quien honestamente decida tras un velo de ignorancia.

Para Bruce ACKERMAN ofrece aún mayores garantías de imparcialidad ya no el velo de ignorancia rawlsiano —que según él sólo funcionaría si se tratase de un velo grueso— sino lo que este autor denomina "principio de neutralidad", que también tiene a la base el principio de igualdad ante la ley. Por el principio de neutralidad queda vedado postular argumentos justificatorios que impliquen la afirmación de la propia superioridad sobre otros. Comete, entonces, una falta a este principio, por ejemplo, Ronald Dworkin, al tomar las providencias necesarias para quedar él mismo comprendido en su propia definición de persona —adultos racionales autónomos—, excluyendo de ella a muchos otros seres humanos.

No es materia de ocupación directa de estas líneas hacernos cargo de la filosofía jurídica anglosajona contemporánea, pero esta muy breve reseña de sendos autores vigentes, nos permite asentar un argumento que trasciende las fronteras de la familia continental: podemos adelantar desde ya que, en consecuencia, la igualdad ante la ley se trata de un universal jurídico en occidente.

En cuanto al segundo aspecto a tratar —la importancia de la igualdad ante la ley en derecho internacional de los Derechos Humanos y su incidencia en el Derecho Civil—, podemos decir lo que sigue.

Para la presidenta del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, doña Cecilia MEDINA QUIROGA, el principio de igualdad ante la ley es un principio rector en los derechos humanos. Dice Cecilia MEDINA:

*"... un principio fundamental de la teoría de los derechos humanos es el de igualdad, si lo expresamos en términos positivos, o de la no discriminación, si lo expresamos en términos negativos. Si los derechos humanos son aquellos derechos inherentes al ser humano, todos los seres humanos son sus*

titulares, sin exclusiones. El principio de igualdad o de no discriminación está contemplado en todas las declaraciones y convenios generales sobre derechos humanos" (56).

Además de estar contenido dicho principio en todos los instrumentos de protección general de los derechos humanos (57), nótese, pues, que los instrumentos internacionales emplean categorías abiertas, mediante la técnica de "clausulii apertus": lo denotan expresiones tales como "de cualquier otra índole" u otras equivalentes.

56. MEDINA QUIROGA, Cecilia. "Constitución, Tratados y Derechos Esenciales". Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994, p. 10. Reitera esta idea al afirmar en una publicación posterior: "La base fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es el principio de no discriminación" Cf. "Protección de la Mujer y Derechos Humanos" en Cuadernos de Trabajo, Universidad Diego Portales, 1995 p. 34.

57. Declaración Universal de Derechos Humanos art. 1: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos..."; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 2.1: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre art. 2: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna"; Convención Europea de salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales art. 14: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención ha de ser asegurado sin distinción alguna, tales como las fundadas en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas u otras cualesquiera, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento o cualquier otra situación"; Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos art. 2: "Toda persona tendrá derecho al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos y garantizados en la presente Carta sin distinción alguna, tales como raza, grupo étnico, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier naturaleza, origen nacional y social, fortuna, nacimiento o cualquier otro status"; art. 3: "1. Todas las personas son iguales ante la ley. 2. Todas las personas tienen el derecho a la misma protección de la ley"; Convención Internacional sobre los Derechos del Niño art. 2.1: "Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna,

Específicamente en el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, el principio de no discriminación emana de los arts 1.1 y 24 del Pacto de San José de Costa Rica. Por el primero, según lo ha entendido la Corte Interamericana, se establece que "todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma" (58). Respecto del segundo —que consagra la igualdad ante la ley— la Corte Interamericana ha dicho que "dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el art. 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal" (59). Resulta especialmente interesante consignar lo que la Corte Interamericana ha entendido por igualdad ante la ley: "La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlos con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza" (60).

Por lo pronto, es importante destacar que la Corte Interamericana afirma categóricamente la unidad e identidad de naturaleza del género humano. No existen seres humanos más o menos humanos que otros.

independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquiera otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales"; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, art. 2: "Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas...", etc. etc. etc.

58. Opinión Consultiva n° 4/84, n° 53.

59. Opinión Consultiva n° 4/84, n° 54.

60. Opinión Consultiva n° 4/84, n° 55.



Para el jurista Rafael NIETO, ex Presidente de la Corte Interamericana, nos encontraremos frente a una discriminación odiosa toda vez que una diferencia de tratamiento ataque “la unidad o dignidad de la naturaleza del ser humano” (61).

Todas las tesis que sitúan el inicio de la vida humana entre la implantación y la viabilidad, jurídicamente son objetables por introducir una discriminación basada en “el nacimiento”. Aquellas que niegan el carácter de persona humana al embrión, introducen una discriminación basada en “la edad”. Y aquellos que distinguen entre el embrión “in vivo” o “in vitro” establecen una discriminación basada en la posición, ya no social, sino que física o espacial, lo que es aún más grave —si es posible graduar la gravedad de una discriminación—. Y todas atacan la unidad de la naturaleza del ser humano.

La Constitución chilena reconoce el principio de igualdad ante la ley en los arts. 1 (62), 5 inciso segundo (63)— con la recepción material del Derecho Internacional de los derechos Humanos —y 19 n° 2 (64). Para Fernando ATRIA, la idea de igualdad no es un derecho constitucional más entre los 26 que el artículo 19 de la Constitución Política chilena consagra, sino que es el primero de ellos, “la garantía constitucional básica, la que en un Estado Democrático de Derecho sirve de soporte a la implementación y el ejercicio de las demás” (65). Cita una sentencia de la Corte Suprema, de 4 de enero de 1968, en la que se afirma:

61. NIETO, Rafael. “Introducción al Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos”. IIDHH, Temis, Bogotá, 1993, p. 127. Las otras hipótesis de discriminación que señala el autor son: que la diferencia de tratamiento no obedezca a la razón, no obedezca a justicia, o se enfrente al bien común.

62. “Los hombres y las mujeres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

63. “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 encuentren vigentes”.

64. “La Constitución asegura a todas las personas: 2. La igualdad ante la ley...”.

65. ATRIA, Fernando. “Los Peligros de la Constitución”. Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1997 p. 121.

“El principio de igualdad ante la ley [es] el primero y fundamental que consagra la Constitución Política [de 1925] en su artículo 10, fuente de todas las demás garantías constitucionales que aseguran el correcto funcionamiento de todo el orden jurídico” (66).

ATRIA, y con razón, no avisora distingo a este respecto con la nueva Constitución. Por el contrario, el encabezado del artículo 19 de la Constitución de 1980 muestra que la igualdad “establece un régimen que afecta a todos los demás derechos: por eso se dice que los derechos se reconocen y garantizan a todas las personas” (67).

Este principio de igualdad ante la ley, se ve explicitado en el ámbito del Derecho Privado en el art. 55 del Código Civil chileno (68). Para el profesor Gonzalo FIGUEROA, el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación, en el ámbito del derecho privado, se erige en un atributo de la personalidad (69). Según lo ha expresado el profesor Carlos PEÑA, dicho principio impide el establecimiento de diferenciaciones gravosas basadas en cualidades adscritas (70).

La edad es una cualidad adscrita. En efecto, no depende en absoluto del ámbito de autonomía del ser humano. Todos estamos sujetos al inefable paso del tiempo. Tan cierto es que constituiría una discriminación establecer como fecha de inicio de la vida humana una fecha

66. Cf. RDJ, 66 (1969), 2-1, 2- 10.

67. ATRIA, Fernando. “Los Peligros de la Constitución”. Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1997 p. 121.

68. “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición...”.

69. FIGUEROA, Gonzalo. “Los Derechos de la Personalidad en general: concepción tradicional”. en “Actas del II Congreso Chileno de Derecho Privado”, Revista de Derecho XIX 1998 p. 25.

70. Cf. “El Derecho Civil en su relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” en “Sistema Jurídico y Derechos Humanos” eds. Cecilia MEDINA y Jorge MERA. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales. Serie Publicaciones Especiales, n° 6, 1996.

posterior a la concepción, que todas las épocas distintas a ella —a la concepción— se cuentan desde ésta. Así, se dice: 14 días después de la concepción, 48 días después de la concepción, 6 meses después de la concepción, etc. En consecuencia, todo aquel que sostenga que el inicio de la vida humana es en una época distinta de la concepción, no hace sino establecer una discriminación odiosa, basada en una cualidad adscrita, y por tanto, ignominiosa para el Derecho.

## CONCLUSIONES

De lo que llevamos dicho, ha quedado suficientemente asentado y justificado que:

— El concebido, que es ser humano, por el hecho de ser tal está protegido por una serie de garantías jurídicas, que lo distinguen del mundo de las cosas;

— En la dogmática jurídica no cabe el distingo entre ser humano y sujeto de derecho;

— Los principios de “favor minoris”, igualdad ante la ley y de no discriminación, junto a la noción misma de derechos humanos, impide considerar el inicio de la vida humana en un periodo distinto al de la concepción.

De esta forma, sabemos que en el plano de la bioética son múltiples las organizaciones médicas y científicas que afirman que la vida humana principia en la concepción<sup>(71)</sup>. Y para el Derecho la respuesta ha de ser unívoca: la vida humana principia en la concepción: no sólo

71. Declaraciones de la Asociación Médica Mundial (AMM): Ginebra 1948, refrendada en 1968 —adoptada por la OMS—, considerado el Código Deontológico vigente en la actualidad; Código de Londres 1949; Declaración de Helsinki 1964; Tokyo 1975; Venecia 1983; Madrid 1987; Hong Kong 1989;  
— Conferencia Internacional sobre el aborto: Washington 1967;  
— Código Ético de la Asociación Médica Americana 1980;  
— Declaración de la Real Academia de Medicina de España (1983), Declaración Oficial del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España (1983), Informe de la Sociedad Anatómica Española (1983), Informe Científico Médico de la Real Academia de Doctores de Madrid (1983); Declaraciones de la Asociación Catalana de Estudios Bioéticos (1999);

porque hay argumentos de texto —los que no son perennes— sino porque la finalidad misma del Derecho se violentaría si arribase a una afirmación distinta<sup>(72)</sup>.

Tengo para mí que el gran reproche ético e intelectual por parte de las generaciones futuras a nuestra época, vendrá a guisa de estas discusiones. El holocausto de mediados del siglo XX, la hiperabundancia de guerras, la explotación socioeconómica y el hambre han sufrido ya la censura ética contemporánea. Sin embargo, la negación del carácter de ser humano a los más jóvenes de nuestra especie, tiene carta de ciudadanía entre muy doctos y reputados señores. Al igual que en su momento, la tuvo la esclavitud. Un nuevo fascismo refinado se viste de cientificismo, ya no racista, sino cronologicista: el Imperio<sup>(73)</sup> de los “adultos, racionales, autónomos”.

Pese a ello, la creciente ampliación de la conciencia universal sobre la valoración y respeto de todos los seres humanos<sup>(74)</sup> —los no europeos ni angloamericanos, primero, los no blancos, los niños, los ancianos, de uno y otro sexo, y los jovencísimos aún no nacidos o implantados siquiera— es, hurtando la voz a García Lorca, “un río de leones,

— Conclusiones de III Congreso de fertilización in vitro y transferencia de embriones, Helsinki 1984;

— Resolución de la Comisión Nacional de Ética Biomédica Argentina, 1999.

En nuestro medio, el Código Ético del Colegio Médico de Chile (1983) señala en su art.26 que la vida humana principia en la concepción.

72. Que es lo que ocurre con la ley española n° 35/1988 y con la Human Fertilisation and Embriology Bill of 1990 de Inglaterra, que presuponen el inicio de la vida humana a partir del día 14 post fecundación.

73. Sobre la violación de los Derechos Humanos como característica del imperialismo, Cf. Hanna ARENDT, “*El Imperialismo*”, New York, 1951.

74. La evolución legislativa en materia de fertilización asistida permite avisar con optimismo el futuro: progresivamente los Estados están siendo más restrictivos, puesto que ven con mayor nitidez que se trata de vidas humanas las que están en juego. Sobre el estado actual de las legislaciones Cf. TEALDI, Juan Carlos: “*Recientes desarrollos normativos sobre nuevas tecnologías reproductivas*” en Bioética, Unidad Académica Universitaria, Rosario, año 1 n° 1 1998 pp. 11 y ss.

su fuerza avasalladora”, una marea nerudiana “que no se detiene, no, no se detiene”. Gracias a esa fuerza, nuestros hijos habrán de navegar en aguas más calmas, sin que amenace arreciar una tormenta ni a los catorce días ni a los cuarenta y ocho; ni a los cuatro ni a los nueve meses de vida. Contados desde la fecundación, por supuesto.

## IMPACTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL SOBRE IGUALDAD HOMBRE Y MUJER Y LA PROTECCION DEL NASCITURUS

LUIS CORDERO VEGA \*

### I. LOS TEMORES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Se ha prevenido sobre los efectos perversos que podría tener una interpretación literalista de la reforma constitucional que modificó el artículo 1º y el artículo 19, inciso 1º, que estableció la igualdad entre hombres y mujeres (1).

La observación obedece a que de la redacción con la cual quedó la norma se podría justificar legislativamente el aborto.

En el presente trabajo se acreditará que tales prevenciones y temores no son tales y que, en consecuencia, pese a la reforma, tanto la Constitución, la historia fidedigna de la misma, la doctrina y la jurisprudencia, han sostenido la inadmisibilidad constitucional del “aborto” y “la protección del que está por nacer”.

---

\* Abogado, Ayudante Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

1. Ley de Reforma Constitucional Nº 19.611, de 16 de junio de 1999.