

## EL DERECHO A LA VIDA Y LA DISCUSIÓN ACERCA DEL CONCEPTO DE PERSONA HUMANA EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>

*Ángela Vivanco Martínez*  
Profesora de Derecho Constitucional  
Pontificia Universidad Católica de Chile

### I. ALGUNOS COMENTARIOS INTRODUCTORIOS

En nuestra actual Constitución y en numerosas cartas de derechos, tanto relativas a los ordenamientos comparados como a los tratados internacionales sobre derechos humanos, estos son reconocidos y garantizados a las “personas”, es decir, a los sujetos de derechos.

En garantías tales como el derecho de propiedad, la libertad de trabajo, el derecho de asociación, la igualdad tributaria, esa fórmula de reconocimiento no implica ningún problema, salvo hacer la precisión en torno a la idea de que no se refieren solo a personas naturales sino que pueden ser perfectamente reconocibles también a las personas jurídicas. De este modo, prácticamente el concepto de “persona” no genera conflictos interpretativos a propósito de garantías como las mencionadas.

Sin embargo, cuando la referencia se hace al derecho a la vida, el concepto de “persona” ya no resulta tan unívoco como en los casos anteriores, y desde luego que no puede bajo ningún punto de vista ser indiferente, ya que lo que entendamos por “persona” va a significar, a la postre, y obviamente en lo relativo a la persona humana, si un sujeto va a contar o no con protección para su vida, como asimismo va a ser un elemento definitorio respecto del trato que los demás pueden darle a esa vida, tanto en lo que toca a su dignidad y consideración, como incluso en lo relativo a su eventual jerarquización o subordinación frente a otros derechos o frente al mismo derecho a la vida esgrimido por los demás, y a la posibilidad de su disposición por parte de terceros, de su propio titular o del Estado.

Teniendo presente que nuestro ordenamiento constitucional no ha evadido el conflicto subyacente en lo relativo al concepto de “persona” a propósito del derecho a la vida, como lo hizo el Constituyente español de 1978 reemplazando cualquier término eventualmente conflictivo por el cómodo “todos”, y teniendo presente –además– que la tendencia en las reformas realizadas a la Carta, ha sido insistir en la idea de “personas” en lugar de palabras genéricas como “hombres”<sup>2</sup>, nos ha parecido oportuno intentar, a través de esta reflexión, qué significa que la Constitución chilena asegure a todas las personas el derecho a la vida y cuáles son los principales efectos de dicha construcción jurídica.

<sup>1</sup> Esta monografía recoge el texto completo, con correcciones, de la ponencia del mismo nombre presentada por la autora en el *Seminario Multidisciplinario sobre Garantías Constitucionales* efectuado en homenaje al profesor Enrique Evans de la Cuadra, con fecha 29 de mayo de 2001, en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

<sup>2</sup> Recordemos que en el artículo 1° de la Carta, en su inciso 1° se afirma: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, inciso que fue reformado por la Ley N° 19.611, publicada en el Diario Oficial el 16 de junio de 1999, la cual sustituyó la palabra “hombres”, que encabezaba el artículo originalmente concebido, por “personas”, como aparece actualmente en el texto constitucional. El proyecto original, sin embargo, el cual emanaba de un mensaje del Ejecutivo, proponía la agregación de los vocablos “y mujeres” en el mencionado inciso

## II. ¿QUÉ ES "PERSONA"?

Al hacer referencia a la persona en términos históricos, obviamente estamos pensando en un ser humano, ya que la configuración de personas jurídicas como artificios de la ciencia del Derecho es un efecto posterior.

En consecuencia, dejando momentáneamente de lado a dichas personas jurídicas, debemos entonces enfrentarnos a un ser humano que debe, cuando menos, reunir dos características primordiales: estar vivo y ser miembro de nuestra especie, para luego preguntarnos si bastarán esas dos características o rasgos para calificarlo directamente de "persona" o habremos de formularle mayores exigencias.

1. *La vida como un componente del ser persona. La individualidad del ser humano*

Hemos dicho antes que para ser persona se ha de exigir al individuo, en primer término, estar vivo. Desde un punto de vista lego o simplemente experiencial, cualquiera de nosotros podría decir que la condición de "estar vivo" en un ser se manifiesta o evidencia por elementos tales como el movimiento, el crecimiento, la reacción ante los estímulos, el consumo de nutrientes, la liberación de energía o incluso la reproducción<sup>3</sup>.

Sin embargo, estos rasgos distintivos pueden o no concurrir respecto de un ser vivo –y la precisión no es menor cuando se trata de definir, por ejemplo, desde qué momento el ser humano ha de ser protegible como persona con vida durante el proceso de gestación y considerado como tal–. Lo que más bien aparece como científicamente indiscutido de todo ente vivo, es que se encuentra conformado al menos por una célula y que esta es capaz de mantener un ciclo continuo de destrucción y regeneración fruto de algún tipo de actividad en su propio interior<sup>4</sup>. A tal proceso se le dio el nombre por Maturana y Varela, durante los años setenta, de *autopoiesis*, caracterizado por la existencia en toda célula de una membrana semipermeable "que establece un límite de difusión y permeabilidad que discrimina entre el interior químico (o *sí mismo*) y los medios libremente difusivos en el ambiente externo (no *sí mismo*). Dentro de este límite, la vida celular es una red metabólica: basada parcialmente en nutrientes que ingresan desde el medio exterior, una célula se mantiene mediante una red de transformaciones químicas. Pero –y este es el punto clave– la red de reacciones es capaz de regenerar los componentes que están siendo transformados, incluidos aquellos que componen la barrera o membrana. En otras palabras, una célula es capaz de automantenimiento gracias a un patrón constitutivo o proceso de generación circular que reemplaza continuamente los componentes que están siendo destruidos y recrea las condiciones para discriminar entre el sí mismo y el no sí mismo"<sup>5</sup>.

1º del artículo 1º, pero dentro del debate parlamentario, se prefirió la utilización de la palabra "personas" por corresponder "a un lenguaje técnico jurídico neutro que comprende ambos sexos y que es, precisamente, el que la Constitución utiliza tanto en el mismo precepto como en el artículo 19" (Senador Hamilton, en *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recatado en el Proyecto de Reforma Constitucional que establece la Igualdad de Oportunidades para Hombres y Mujeres (1579-07)*, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 11ª, Legislatura Extraordinaria 1998-1999, p. 1231) el que, sin embargo, no transformó sustantivamente a la Constitución, ya que "la voz "los hombres" siempre se ha entendido comprensiva de ambos sexos de la especie humana" (apreciación del Senador Bombal, que compartimos, expresada en la discusión del proyecto: *Diario de Sesiones del Senado*, sesión 16ª, Legislatura Extraordinaria 1998-1999, p. 1760).

Pese a que la señalada enmienda constitucional fue, en consecuencia, simbólica más que realmente útil, el hecho es que redundó en que en toda la Carta Fundamental apareciera la voz "personas" como el término utilizado para referirse al individuo de la especie humana, como se constata de la lectura de los incisos 1º, 4º y 5º del artículo 1º; artículo 12; artículo 16 N° 2; encabezado del artículo 19 y expresamente mencionado además en sus numerales 1 inciso 1º, 3 inciso 2º, 4 en sus dos incisos, 7 letras a) y c) inciso 2º, 9 inciso final, 10 inciso 2º, 12 incisos 3º, 4º y 5º, 15 incisos 5º, 7º y 8º, 16 inciso 2º; artículo 20 inciso 2º y artículo 21 en su inciso 3º.

<sup>3</sup> Resulta extraordinariamente interesante revisar el presunto diálogo entre un granjero y un extraterrestre, en el inicio de la obra de Francisco Varela, *El fenómeno de la vida* (Santiago, Dolmen, 2000) en el cual el primero se vale de todos estos elementos de argumentación para tratar de explicar malamente al extraterrestre cuáles son los rasgos demostrativos de que un ser está vivo (pp. 24-27), los que son rebatidos uno a uno por el segundo.

<sup>4</sup> Idem, p. 26.

<sup>5</sup> Idem, pp. 29-30.

El proceso de *autopoiesis* es observable también en el ser humano desde la fecundación, como primera etapa de la formación de un ser humano. En efecto, durante el proceso de la fecundación humana, la permeabilidad de la zona pelúcida que rodea al óvulo se modifica cuando la cabeza del espermatozoide entra en contacto con la superficie del ovocito, de tal modo que se impide por reacciones enzimáticas que más espermatozoides atraviesen dicha zona, es decir, se produce una discriminación entre el sí mismo del óvulo ya en el proceso de fecundación y lo externo a dicho proceso, es decir, los restantes espermatozoides, que de penetrar y llegar al ovocito provocarían una falla genética masiva incompatible con la vida. Por otra parte, mientras se forman los pronúcleos femenino y masculino dentro del huevo, ya encontramos actividad metabólica de este, por lo que podemos considerar que la activación que sigue a la fusión de estos pronúcleos comprende los fenómenos celulares y moleculares iniciales relacionados con las primeras etapas de embriogénesis<sup>6</sup>.

De esta forma, lo distintivo de los procesos que permiten demostrar la vida ya se encuentra presente en el proceso de fecundación de un ser humano.

Sin embargo, podría argumentarse que esa catalogación de “vivo” correspondería a los gametos de los cuales de forma, como células aploides con procesos metabólicos propios, que obviamente no constituyen un ser humano, sino productos celulares de él. Luego, podría afirmarse que estamos en presencia de “material humano” pero no de un ser humano.

Tal afirmación es directamente refutada por la embriología moderna, en orden a precisar que “el desarrollo de un individuo comienza con la fecundación, fenómeno por el cual el espermatozoide del varón y el ovocito de la mujer se unen para dar origen a un nuevo organismo: el cigoto”<sup>7</sup>. Debemos, entonces, preguntarnos por qué afirmamos que el cigoto es un nuevo organismo y por qué le concedemos una individualidad humana.

Respecto a por qué el cigoto formado durante el proceso de fecundación es un nuevo organismo, nos parece que responde adecuadamente dicha pregunta revisar cuáles son los principales resultados de la fecundación. En efecto, se produce el “restablecimiento del número diploide de cromosomas, la mitad procedente del padre y la mitad de la madre. En consecuencia, *el cigoto posee una nueva combinación de cromosomas, diferente a la de ambos progenitores*”; se verifica la “determinación del sexo del nuevo individuo. Un espermatozoide que posea X producirá un embrión femenino (XX) y un espermatozoide que posea Y originará un embrión masculino (XY). *En consecuencia, el sexo cromosómico del embrión queda determinado en el momento de la fecundación*” y, por último, se iniciará “*la segmentación*”. Si no se produce la fecundación el ovocito suele degenerar en el término de 24 horas después de la ovulación”<sup>8</sup>.

Determinado ya que estamos en presencia de un nuevo ser cuando observamos al cigoto, el cual es genéticamente de la especie humana y no puede pertenecer a otra especie, cabe entonces preguntarse si desde ese momento podemos hablar de una individualidad o si tal individualidad se adquirirá con posterioridad. Al respecto, debe partirse de una premisa fundamental: “para que exista un ser humano es necesario que simultáneamente la realidad estudiada –en este caso, el embrión o cigoto– sea un ser vivo individual”<sup>9</sup>. Ello se basa en que lo realmente característico de la persona está constituido por una identidad de la cual se goza desde antes de nacer, desde el momento en el cual el individuo aparece como un ser distinto de sus padres: “A los hombres los llamamos personas porque son lo que son de forma distinta que los demás seres que existen. Lo que son se compone de cualidades que, en la mayoría de los casos, comparten con otros. La combinación individual de estas cualidades será probablemente siempre singular. Pero lo que hace que la persona sea persona no es su singularidad, sino el ser *única*”<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> SADLER, T.W: *Embriología médica de Langman* (Bogotá, Editorial Médica Panamericana, 1996, 7ª. Edición) p. 28.

<sup>7</sup> Idem, p. 3.

<sup>8</sup> Idem, p. 29. Las cursivas son nuestras.

<sup>9</sup> BLÁZQUEZ, Niceto: *Bioética fundamental* (Madrid, BAC, 1996) p. 9.

<sup>10</sup> SPAEMANN, Robert: *Personas. Acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”* (Pamplona, Eunsa, 2000) p. 163.

En este contexto, debemos entonces examinar si es verificable tan calidad de "individual" en el embrión o cigoto, durante la primera etapa de su desarrollo, es decir, desde la fecundación.

Ya en el período 1960-1975, los principales estudios de embriología estuvieron contestes en afirmar aspectos fundamentales relativos a la individualidad del ser humano desde el momento de la fecundación: "El inicio de una nueva vida humana coincide con el momento de la fecundación". El nuevo ser resultante de esta es "miembro de la especie humana, concreto, único, irrepetible y distinto de los demás... El óvulo fecundado es un ser vivo, posee ácidos nucleicos y proteínas y es capaz de sintetizar esos elementos de una manera específica que le diferencia de sus progenitores. Todos sus caracteres orgánicos futuros se encuentran ya en su código genético... El embrión desde las más tempranas fases muestra una autonomía intrínseca y direccional en su desarrollo y... la ontogénesis es un proceso continuo, homogéneo y sin fisuras, se pasa de unos a otros períodos insensiblemente y todos dependen de los anteriores, en el desarrollo hay unidad"<sup>11</sup>.

En el último tiempo, el enorme avance científico experimentado por nuestro mundo no ha hecho más que agregar argumentos a los ya mencionados acerca de la individualidad del embrión. En efecto:

- a) La combinación de cromosomas masculinos y femeninos de un modo único en el embrión humano representa la posibilidad de este de desarrollarse como *individuo*: "Si se forma un cigoto con dos pronúcleos masculinos... este produce pequeñas vesículas que se parecen a las membranas y a la placenta... eso es todo lo que sabe hacer un cigoto que contenga solo elementos masculinos. Si un cigoto contiene solo cromosomas de origen femenino, fabrica "piezas sueltas", construye trozos de piel, partes de dientes, puede hacer una uña pequeña, pero todo en completo desorden, sin articular de manera alguna, piezas sueltas solamente, no un individuo. Es lo que se llama mola hidatiforme"<sup>12</sup>.
- b) El embrión cuenta desde la fecundación con "una potencialidad propia y autonomía genética, ya que, aunque dependa de su madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo a su propio programa genético. La implantación uterina no determina, en este sentido, el comienzo de la vida humana"<sup>13</sup>.
- c) El embrión preimplantatorio o "preembrión", como intencionadamente lo llaman algunos autores, "no es un ser inerte. Su movimiento se rige por una finalidad intrínseca y por una fuerte comunicación bioquímica con la madre. Tiene también una de las propiedades del ser vivo organizado; la relación, que conlleva identidad y sin la cual es imposible el diálogo"<sup>14</sup>.
- d) Si bien los embriones tempranos tienen la posibilidad de formar quimeras o de sufrir procesos de gemelación, a causa de la totipotencialidad inicial de sus células, es decir, capacidad de formar un individuo completo y viable a partir de las células (blastómeros) que lo componen, estos procesos son definitivamente muy escasos y no alteran la calidad de individual del cigoto, pues corresponden a un "fenómeno regulativo no patológico, sino una adaptación al medio, una propiedad que mantiene el embrión de reproducirse asexualmente y que manifiesta la tendencia a la perpetuación de la especie ante circunstancias que alteren el embrión y liberen parte de sus células"<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> BLÁZQUEZ, Niceto: Ob. Cit, p. 10.

<sup>12</sup> LEJEUNE, Jerome: *¿Qué es el embrión humano?* (Madrid, 1993) pp. 53-54.

<sup>13</sup> FEMENIA LÓPEZ, Pedro J.: *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro* (Madrid, Mc Graw Hill, 1999) p. 10.

<sup>14</sup> BLÁZQUEZ, Niceto: Ob. Cit, p. 33.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

Estos elementos confirman que la calidad de única de la persona humana no se adquiere con el tiempo ni puede lógicamente considerarse que el hombre parta siendo una cosa para después llegar a ser persona: “No existe un tránsito paulatino desde “algo” a “alguien”... Si el ser persona fuera un estado, podría surgir poco a poco. Pero si la persona es alguien que pasa por diferentes estados, entonces los supone todos. No es el resultado de un cambio, sino de una generación, como la sustancia según Aristóteles... La persona no es un concepto específico, sino el modo como son los individuos de la especie “hombre”. Son de tal manera que cada uno de ellos ocupa un lugar irrepetible en la comunidad de personas que llamamos “humanidad”, y solo como titulares de ese lugar son percibidos como personas por alguien que ocupa asimismo un lugar semejante. Si hacemos depender la concesión del lugar del previo cumplimiento de determinadas propiedades cualitativas, destruimos la incondicionalidad de la demanda. Quien ocupa ese lugar lo ocupa como miembro engendrado, no cooptado, de la humanidad”<sup>16</sup>.

De este modo, si nos limitamos al estudio de la especie humana como tal, sin duda que llegamos a la conclusión que estamos en presencia de un individuo de nuestra especie desde el momento de la fecundación. Sin embargo, ¿podemos identificar, en la perspectiva jurídica, como lo hemos hecho en la perspectiva biológica, al ser humano con la “persona”?

## 2. La “persona” como sujeto de derechos

### a) La dignidad del ser humano como un componente de “ser persona”

La dignidad del hombre, es decir, su especial merecimiento de respetabilidad y de consideración, emana precisamente de la calidad de tal, aquella implícitamente reconocida en el concepto de persona: “La idea de dignidad humana encuentra su fundamentación teórica y su inviolabilidad en una ontología, es decir, en una filosofía de lo absoluto... La presencia de la idea de absoluto en una sociedad es una condición necesaria –aunque no suficiente– para que sea reconocida la incondicionalidad de la dignidad de esa representación de lo absoluto que es el hombre”<sup>17</sup>.

Toda persona humana es digna por ser tal y ello directamente lleva a excluir la alternativa de que se le trate como cosa o de modo indigno: “la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera sea la situación en que la persona se encuentre (...) constituyendo, en consecuencia, un mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”<sup>18</sup>.

Si consideramos, de este modo, que la calidad de “persona” como sujeto de derechos, importa, necesariamente, el respeto y la protección de las prerrogativas fundamentales respecto de un ser humano, no podemos menos que considerar que la especial dignidad de este significa una exigencia prácticamente ineludible al ordenamiento jurídico, en torno a la idea de reconocerle tal *status* a todo ser humano sin distinciones: “Dignidad significa, dentro de la variedad y heterogeneidad del ser, la determinada categoría objetiva de un ser que reclama –ante sí y ante los otros– estima, custodia y realización... En último término se identifica objetivamente con el ser de un ser”<sup>19</sup>. Esta demanda se traduce en términos prácticos, en la

<sup>16</sup> SPAEMANN, Robert: Ob. cit, pp. 227 y ss.

<sup>17</sup> SPAEMANN, Robert: “Sobre el concepto de dignidad humana” en Massini, C.I. y Serna, P.: *El Derecho a la vida* (Pamplona, Eunsa, 1998) pp. 81-110.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español 120/1990 de 27 de junio, citada por OLLERO TASSARA, Andrés, “Todos tienen derecho a la vida. ¿Hacia un concepto constitucional de persona?” en Massini, C.I. y Serna, P. (editores), *El Derecho a la Vida* (citado) p. 288.

<sup>19</sup> RAHNER, Karl: “Dignidad y libertad del hombre”, citado en Vidal, Marciano, *Moral de la persona y bioética teológica* (Madrid, PS editorial, 1991, 8ª Edición) p. 102.

identificación de la categoría ética “persona” con la categoría jurídica “sujeto de derechos”, sin posibilidad alguna de apartarse de ella, porque daría lugar a que el reconocimiento de la dignidad mencionada carecería de su contenido, la protección de derechos como un merecimiento del individuo digno ontológicamente, incluso más allá de sus propias conductas: “Esos derechos eran inalienables para el ser humano, eran y son derechos genéricos de la raza humana, la esencia del ser racional y pensante”<sup>20</sup>.

b) El correlato jurídico: el ser humano como sujeto de derechos

Persona es todo individuo de la especie humana, sin distinción de sexo, raza, nacionalidad, estirpe o condición.

La calidad de “persona” habilita al individuo a ejercer derechos y contraer obligaciones: es sujeto de Derechos.

Sin embargo, si bien de estas definiciones podríamos considerar apriorísticamente que emana un total consenso, en cuanto a la identificación de “ser” humano con sujeto de derechos, la verdad es que en los ordenamientos comparados no se produce tal identificación e incluso en el nuestro se suscitan ciertas dificultades interpretativas.

Detallemos lo que ocurre en cada caso de los señalados:

b.I Algunas posturas diversas en los ordenamientos o doctrina comparados.

i) Posturas que consideran a la vida humana dependiente de procesos biológicos como la anidación, el desarrollo del sistema nervioso, la actividad cortical o incluso el nacimiento.

Una de las posturas más generalizadas de ciertos ordenamientos comparados e incluso de organizaciones internacionales tales como la Organización Mundial de la Salud ha sido sostener que “la vida humana –considerada individualmente– no existe desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide, sino desde una fecha posterior a ese acto, aproximadamente desde el día catorce a contar de la fecundación, en que se afirma que se produce la anidación en el útero materno del que se ha dado por denominar preembrión, y surge en el mismo la cresta neural, comenzándose la formación de los órganos del nuevo ser, antes de lo cual solo existiría un conjunto de células que no tendrían individualidad”<sup>21</sup>, lo cual obviamente desconoce lo ya explicado antes, en cuanto a que el proceso de gestación tiene una continuidad absoluta desde el momento de la implantación y también en orden a que cuenta con una individualidad genética evidente desde la formación del cigoto. La posibilidad de gemelación que ya hemos tratado antes, “no constituye un argumento válido para desconocer al embrión la categoría de persona hasta los catorce días, pues en todo caso, si el embrión se segmentara, en lugar de una persona serían dos, pero siempre se trataría de personas”<sup>22</sup>.

Este tipo de posturas sin duda tienen un sentido muy concreto, y se traducen en autorizar legalmente ya sea la manipulación de embriones humanos o su eliminación a través del uso de fármacos microabortivos, sobre la base de que no cuentan con protección legal antes de los mencionados catorce días, lo cual implica que no puede cometerse ningún delito contra ellos, sea que la acción consista en manipularlos dándoles el trato de cosas o que se traduzca en destruirlos, evadiendo toda sanción penal de aborto.

<sup>20</sup> TORRES-DULCE, Eduardo: “Los derechos humanos del delincuente” en Marzal, A. (editor), *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto* (Barcelona, J.M. Bosch editor, 1997) p. 201.

<sup>21</sup> SAMBRIZZI, Eduardo A.: *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001) p. 139.

<sup>22</sup> Idem, pp. 139-140.

Asimismo, en otros sistemas se ha utilizado como un hito relevante para ser el individuo de la especie humana considerado como persona, el momento de la *cefalización*, es decir, el momento en el que puede constatarse que el nuevo ser tiene actividad cortical: "La estructura básica de la corteza cerebral típicamente humana se perfila entre los días quince y cuarenta del desarrollo normal. A las ocho semanas se puede descubrir actividad eléctrica en el cerebro. A las doce semanas, la estructura del cráneo está muy acabada"<sup>23</sup>.

Tales datos pasan a considerarse como relevantes respecto de la consideración de la calidad de persona, en atención a que la definición de vida personal se traduciría en una manifestación de su naturaleza "por la conciencia, la autorreflexión, el pensamiento y la decisión libre", teniendo todas estas funciones como sustrato necesario y radical la corteza cerebral"<sup>24</sup>. Sin embargo, condicionar la calidad de persona a este proceso de cefalización representa dos graves riesgos: el primero, que transforma a la criatura humana en perfectamente disponible en cuanto a su vida —esto es, perfectamente abortable a decisión de su madre o de otra persona— en todo momento anterior al que convencionalmente se fije para tener por presente una adecuada estructura cerebral, lo cual, como se ha dicho, puede llegar hasta las doce semanas, límite muy común de las legislaciones que admiten el aborto; el segundo, que es un argumento fácilmente reversible, en el sentido de aplicarlo a otras situaciones contrapuestas, como los casos de estado vegetativo persistente, en los cuales por no poderse dar ya las funciones a que antes hemos aludido podría considerarse asimismo que el individuo ha dejado de ser persona, pues ha perdido las condiciones esenciales de tal: "Las legislaciones abortistas han abierto las puertas a la despenalización jurídica de la eutanasia. Ahora bien, de la misma manera en que, para justificar el aborto, se ha descalificado la calidad de vida del embrión humano o del feto, así, para justificar ahora la eutanasia se intenta definir el grado de utilidad o de nivel que ha de poseer una persona para pretender el derecho a seguir viviendo"<sup>25</sup>.

Por último, podemos considerar aquellas tendencias que asocian necesariamente la consideración de "persona" del sujeto al hecho del nacimiento y de que este hecho se produzca con una mínima vitalidad del individuo, de tal modo de considerar que la persona como tal lo es desde que nace y si antes de ese momento cuenta con algún tipo de protección del ordenamiento jurídico, ello se debe a su posibilidad o a la expectativa que se tiene sobre ella en cuanto a que será persona, pero no a la realidad de que estemos en su presencia.

Este tipo de tesis se amparan fundamentalmente en las posturas civilistas tradicionales, que condicionan la personalidad al hecho del nacimiento, pero en la óptica de una personalidad correlativa a ser sujeto de derechos de tipo civil, es decir, derechos de familia, sucesorios, patrimoniales, los que solo se consolidan en el patrimonio del individuo en la medida que nazca. Sin embargo, dicho criterio, al ser extrapolado a ámbitos de diferente naturaleza, como el de los derechos humanos no susceptibles de ser evaluados en dinero, sin duda desconoce la naturaleza misma del ser humano y da lugar a soluciones francamente aberrantes en materias constitucionales o penales<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> VICO PEINADO, José: *El comienzo de la vida humana* (Santiago, Ediciones Paulinas, s/a de edición) p. 89.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 90.

<sup>25</sup> BASSO, Domingo: *Nacer y morir con dignidad bioética* (Buenos Aires, Depalma, 1991) p. 465.

<sup>26</sup> "Podría estimarse que el derecho a la vida está vinculado a la persona humana desde que inicia su evolución como germen en el seno de su madre. Mas como ante la ley no hay persona mientras no se realice el nacimiento, no siendo sino desde entonces sujeto de derechos, algunos han dicho que no es el germen o embrión el que tiene derecho a su vida; sería la sociedad la que tendría derecho (nosotros diríamos deber u obligación) a exigir que la nueva criatura cumpla su destino": MANRÍQUEZ BUSTOS, Edmundo, *Protección penal de la vida humana en su primera etapa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963) p. 11. Tal tesis, que hoy nos puede parecer constitucionalmente aberrante, sin embargo fue sostenida históricamente por la jurisprudencia, como en el caso de Rogelia Maldonado (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1935), en el cual la procesada fue absuelta por dar muerte a su hijo durante el nacimiento y antes que estuviera separado de ella, y la sentenciadora consideró que no se trataba de aborto, pues no se había provocado la expulsión del feto antes del término natural de la preñez, ni se trataba de infanticidio, pues el niño no se había separado aun de su madre, "punto inicial de la existencia de las personas, como lo expresa el artículo 74 del Código Civil" (*Gaceta de los Tribunales* 1935-2, 123-414).

- ii) Mientras otras estipulan que la calidad de “persona” es un reconocimiento social al individuo relacional y viable, que de esta forma es incorporado a la comunidad.

Evidentemente, la tesis más extrema en cuanto a las exigencias para que un individuo sea considerado “persona”, corresponden a quienes lo estiman o perfilan como una condición que ni siquiera depende de un determinado desarrollo biológico, sino de una suerte de aceptación social, de tal modo que el sujeto podría encontrarse finalmente en un mundo que no lo acepta o no lo incorpora y que en definitiva le niega la pertenencia a él, aunque sea genéticamente un ser humano, aunque haya completado su proceso de desarrollo y haya logrado nacer.

Este es un caso que podría justificar, por ejemplo, el infanticidio de niños nacidos con malformaciones, con escasas o limitadas expectativas de vida, con retardo mental o incluso venidos al mundo en condiciones “indeseables”<sup>27</sup>.

- c) Las personas naturales en el derecho chileno

Si analizamos la definición de persona hoy presente en la Historia Fidedigna de la Constitución de 1980, basada en la dignidad y en la salvaguarda del individuo de la especie humana como sujeto de derechos y merecedor de protección desde el momento en que es concebido, esta resulta muy diversa de la que tradicionalmente se ha manejado en el ámbito legal. Ello ha sido fundamentalmente causado por la extensión de los conceptos del Derecho Civil, que tienen una clara connotación patrimonial, a otras disciplinas del Derecho Chileno, entre las que precisamente se encuentra el Derecho Penal. De esta manera, el concepto proporcionado por el artículo 74 del Código Civil en cuanto a que “la existencia legal de toda persona comienza al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre” siempre que la criatura sobreviva a la separación “un momento siquiera”, ha llevado a que por mucho tiempo no se considerara persona al niño no nacido o incluso nacido pero no separado de su madre todavía y que se estimara que la protección de su vida era una cuestión de interés social, pero no de vulneración del derecho a la vida de una persona, pese a que la definición civil de persona resulta plenamente coincidente con la proporcionada al inicio de este epígrafe.

Sin embargo, y pese a estas dificultades, la doctrina penal chilena invariablemente ha considerado la existencia del bien jurídico *vida* como el verdadero fundante de la creación de estas figuras típicas, por más que las desafortunadas distinciones entre personas y criaturas de la especie humana aún no personas, los haya entrampado<sup>28</sup>. Al respecto, se ha justificado la defensa de la vida traducida en la punibilidad de los atentados contra ella en un doble interés: “la inviolabilidad de la vida, bien supremo de cada individuo, y el interés demográfico del Estado en la conservación de la vida del hombre”<sup>29</sup>. De esta forma, la vida humana no solo interesa al Derecho, en esta perspectiva, en aras de la defensa del individuo en concreto, sino también como una manifestación del deber del Estado hacia la población toda, reconociendo que esta es el más importante elemento entre aquellos que lo componen.

<sup>27</sup> “Cuando la vida es una vida de total o casi total privación, la nueva ética juzgará si vale la pena seguir viviendo mediante el tipo de ejercicio de equilibrio recomendado por el juez Donaldson en el proceso el bebé J, teniendo en cuenta tanto el sufrimiento predecible como las posibles compensaciones... De acuerdo con el nuevo primer mandamiento, trataremos a los seres humanos con arreglo a sus características relacionadas con la ética. Algunas de estas son inherentes a la naturaleza del ser, entre las que se incluyen la conciencia, la capacidad de interactuar física, social y mentalmente con otros seres, el preferir conscientemente seguir con vida y tener experiencias agradables. Otros aspectos pertinentes dependen de la relación del ser con los demás, por ejemplo, tener parientes que llorarán tu muerte o estar tan situado en un grupo que si te matan, los demás temerán por sus vidas. Todas estas cosas afectan la consideración y respeto que deberíamos tener por un ser”: SINGER, Peter, *Repensar la vida y la muerte: el derrumbe de nuestra ética tradicional* (Barcelona, Ed. Paidós, 1997) pp. 188-189.

<sup>28</sup> “Nos hemos abstenido conscientemente... de emplear el término “persona”, porque los delitos contra la vida no quedan reducidos a ella únicamente; extienden su objetividad a un estadio anterior a la personalidad, cuando amparan el producto de la concepción”: GARRIDO MONTT, Mario: *El Homicidio y sus figuras penales* (Santiago, Ediar - Conosur Ltda, 1976) p. 10.

<sup>29</sup> LABATUT, Gustavo: *II Derecho Penal (Parte Especial)* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969) p. 283.

Dentro de la perspectiva de protección jurídica de la vida, el Derecho Penal aborda aquel aspecto negativo de la garantía, es decir, el preservar la existencia humana de aquellas conductas que intencionadamente pretendan ponerle fin. De allí, entonces, que estas se transformen en punibles, sea en su forma consumada, frustrada o tentada: "...el derecho penal, dentro de la acuñación que hace de lo ilícito, aparece protegiendo de manera preferente y a través de tipos específicos algunos bienes o intereses determinados, en este caso, la vida en cuanto ella se refiere al cuerpo humano, a lo orgánico, comprendiendo en esta noción lo síquico también, pero en lo inherente al funcionamiento de lo que erradamente –pero con fines didácticos– podría llamarse la máquina humana..."<sup>30</sup>. De allí, entonces, que no interese a la ley penal la intensidad de la vida, su mayor o menor fuerza, por precaria que sea: se resguarda "tanto la vida del no viable como del moribundo"<sup>31</sup>.

Sin embargo, al existir en la ley, particularmente antes de la dictación de la Carta de 1980, cierta confusión relativa al momento en el que puede considerarse a un individuo "persona", el determinar "desde cuándo" ha de protegerse la vida humana, ha sido objeto asimismo de tesis encontradas:

- i) Para quienes la protección del individuo concebido pero no nacido depende de intereses sociales y no de calidad de persona, un argumento de peso es el hecho que el delito de aborto se encuentre contenido, dentro del Código Penal Chileno, en el título relativo a los atentados contra el orden de las familias y no en el que sanciona los crímenes y delitos contra las personas. Además de eso y de la aplicación del ya citado artículo 74 del Código Civil, concluyen que "la justificación del distingo parece obedecer a una consideración empírico-cultural que cree conveniente poner mayor énfasis en la protección de la vida real del miembro de la sociedad humana, colocado como tal "en el mundo", que a una vida solo potencial"<sup>32</sup>.
- ii) Por su parte, para quienes estiman que el momento de la concepción no solo marca el comienzo de la vida sino el inicio de la existencia de la criatura como persona humana, la norma civil no contendría una regla dada "para todos los efectos legales", sino solo para aquellos que conciernen a la adquisición y goce de derechos civiles<sup>33</sup>, de lo que se puede claramente colegir que las diferencias entre unas figuras penales y otras radica en la autonomía vital que ha logrado la víctima, pero no en cuanto a si goza de la calidad de persona, ya que "un punto de vista de crítica legislativa y política criminal, podría afirmarse que no hay razones que justifiquen un diverso tratamiento penal y que la vida humana dependiente no es menos valiosa que la autónoma"<sup>34</sup>.

En segundo término, en lo que respecta al "hasta cuándo" debe protegerse la vida humana –tema que interesa profundamente a nuestro estudio– los autores son coincidentes en cuanto a que esta debe gozar de tutela jurídica hasta su fin, ante lo cual cobra gran importancia jurídica la determinación del momento real de la muerte, lo que por ejemplo se ha discutido a propósito de la legislación sobre trasplantes.

Tal principio tiene importantes consecuencias respecto de la tipificación de los delitos contra la vida, pues la viabilidad ya sea del niño recién nacido, o la proximidad a la muerte de las personas en circunstancias diversas a esa, no obsta a que la vida siga siendo un bien jurídico tutelado<sup>35</sup>, ya que en el Código Penal no se hace en principio distingo acerca de la

<sup>30</sup> GARRIDO MONTT, Mario: Ob. Cit, p. 10.

<sup>31</sup> NÚÑEZ, Ricardo: *Derecho Penal Argentino*, T. III, p. 24, en ídem, p. 11.

<sup>32</sup> POLITOFF, Sergio Et Al.: *Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, 2ª. Edición) p. 49.

<sup>33</sup> Como lo sostiene Alfredo ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo III (Santiago, 1964) pp. 30 y ss.

<sup>34</sup> POLITOFF, Sergio Et Al: Ob. Cit, p. 48.

<sup>35</sup> "Constituye igualmente homicidio dar muerte al moribundo, al enfermo de un mal incurable o al condenado a muerte": *Idem*, p. 49.

calidad de vida, así como tampoco respecto de otros elementos tales como la salud, las características morfológicas, el sexo y las condiciones personales de la víctima.

Lo señalado tiene enorme importancia como un elemento sustentador de todo el Derecho chileno y como un rasgo distintivo de otros sistemas jurídicos, en los cuales se ha pretendido condicionar la calidad de persona a una serie de requisitos objetivos que ha de cumplir el ser humano y que, en el caso de no darse, lo sitúan en un plano marcadamente inferior y menos protegido frente a quienes sí cumplen con las demandas de la categoría<sup>36</sup>. Ello, sin duda, no representa tan solo una postura filosófica distinta, sino que se traduce materialmente en el aval que el ordenamiento jurídico de aquellos países otorga para considerar el aborto o la eutanasia no consentida como conductas plenamente legítimas, ya que se trata de la eliminación de la vida de individuos que no son personas, ya sea porque se encuentran en gestación y no han adquirido aún la calidad de relacionales, o porque la han perdido a consecuencia de una enfermedad o de un compromiso vital de importancia.

### III. PERSONA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL CHILENO

#### 1. *El derecho a la vida como garantía constitucional en la Carta Fundamental de 1980. Las razones de su inclusión como garantía*

Si bien el enunciado del artículo 19 de la Carta Fundamental establece que se aseguran las garantías fundamentales a "todas las personas", en concordancia con lo ya dicho a propósito del artículo 1° inciso 1° de la misma, lo cierto es que a propósito del derecho a la vida, nueva garantía dentro de la Carta, es que se desarrolla realmente en propiedad el concepto constitucional de persona<sup>37</sup>.

La introducción de este precepto se realizó en consideración a que frente a un desarrollo sistemático y verdaderamente racional de la Constitución, "se hace necesaria la consagración del derecho a la vida, en virtud al menosprecio que en la actualidad la ha afectado, cometiéndose delitos de la más diversa naturaleza en su contra. Aún más, el sacrificio que de ella se ha hecho se estima como secundario e incluso instrumental cuando se exaltan otros valores"<sup>38</sup>. Entre los argumentos que fueron invocados a este respecto estaba que este derecho es por lo demás inspirador de otras normas de protección que encuentran su centro en el respeto fundamental a la vida humana. En consecuencia, el derecho a la vida debe manifestarse en forma clara desde el comienzo del listado de los derechos que contempla la Carta, ya que el valor indudable que sostiene toda la estructura de la convivencia social y de las relaciones humanas, es el derecho a vivir<sup>39</sup>.

Ello guarda plena concordancia con el hecho que la estructura de la Carta Fundamental de 1980 descansa en una concepción humanista y cristiana del hombre, que de acuerdo a la historia fidedigna de esta, se identifica con el sentir e idiosincrasia de la comunidad nacional, que considera que la dignidad del ser humano, su libertad y derechos fundamentales son anteriores al ordenamiento jurídico, el cual debe prestarles una protección eficaz y segura<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> "Tenemos que reiterar que quien conceptualiza como una persona desde el momento de la concepción al feto, a pesar de no tener ninguna de las cualidades distintivas de las personas, o bien usa la palabra equivocadamente, o bien comete un franco error categorial. Sospecho que efectivamente quienes condenan el aborto desde el momento de la concepción usan el término "persona" de manera equívoca, esto es, con un significado diferente del normal y creo, además, que dicho significado deriva esencialmente del hecho de tener ciertas creencias religiosas": Valdés, Margarita: "El problema del aborto: tres enfoques" en Vázquez, Rodolfo (compilador), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales* (México D.F, Fondo de Cultura Económica, 1999) p. 148.

<sup>37</sup> Ver, de la autora, "El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica en la Carta Fundamental de 1980" en libro de AAVV. *20 Años de la Constitución Chilena 1981-2001* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 2001) pp. 143-164.

<sup>38</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Sesión 89.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Sesión 18, párrafo 4, p. 23.

Profundizando en lo ya señalado, es preciso indicar que la vida “por ser el don primario que Dios ha dado al hombre, y por ser la fuente de sus demás atributos, está cautelada por la institucionalidad constitucional y legal desde que se inicia la gestación”<sup>41</sup>.

Sobre la extensión de este derecho, se ha de indicar que “todo ser humano tiene el derecho esencial de conservar su vida y de exigir que el ordenamiento jurídico se la proteja contra atentados de la autoridad y de particulares”<sup>42</sup>.

Lo anterior, no solo se fundamenta en el hecho de que el ser humano tenga una dimensión material y espiritual, por el hecho de contar con cuerpo y alma, sino en que por la circunstancia de privarlo de la vida, constituida esta en un componente fundamental, ello implica destruirlo y llevarlo irremediamente a su fin. Esta es una situación única en que por despojar a un ser de un carácter determinado, este se destruye, lo que como ya se ha explicado, no ocurre con todos los derechos y libertades, sin perjuicio que también han de ser protegidos y garantizados por la Constitución, por ser igualmente partícipes de la dignidad humana.

Sobre el particular, Alejandro Silva Bascuñán ha sostenido que “este derecho o garantía debe ser necesariamente destacado en la actualidad, ya que, desde hace algún tiempo, la vida humana ha sido menospreciada, que se han cometido diversos y deleznable delitos que atentan contra ella. Considera que debe contemplarse el derecho a la vida junto con el derecho a la integridad física, porque en definitiva, lo que hay que asegurar es una vida realmente humana”<sup>43</sup>.

## 2. *La protección constitucional de la vida del que está por nacer.* *Nueva referencia a la persona*

En primer término, la vida humana es objeto de protección constitucional desde la concepción, ya que desde ese momento estamos en presencia de un ser humano que reúne en sí todas las calidades y requisitos de tal, sin importar que aún no haya desarrollado todas las potencias propias del hombre, y que por ello cuenta desde ya con la calidad de persona, que lo hace ser reconocido como digno y merecedor de la protección constitucional<sup>44</sup>.

Lo anterior incluye el resguardo de la criatura mientras se encuentra en el vientre de su madre, como también la protección de la salud de esta y de sus condiciones de vida durante el embarazo. Asimismo, debe proporcionarse a ambos las condiciones materiales y espirituales que aseguren que el nacimiento se desarrolle en un ámbito de respeto y protección.

Una vez que se trata por parte de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución el tema de la vida, surge como consecuencia natural la condena al aborto. El mismo sentido fue el que comprendió Jaime Guzmán, y por ello sostuvo que “el derecho a la vida evidentemente excluye y hace ilícito el aborto”<sup>45</sup>.

Bajo la misma orientación se enmarca la reflexión de Alejandro Silva Bascuñán, indica que: “en el caso de quien está por nacer, siendo un bien enorme para la humanidad y para él el principio de la existencia, cómo se puede, sin ningún acto reflexivo de esa persona que va a sacrificar su vida o que no va a llegar a ella, supeditar y poner casos en los cuales se conciba que se quite un derecho a quien no ha tenido oportunidad de defenderse o que no ha tenido oportunidad de realizar ningún acto”<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> EVANS DE LA CUADRA, Enrique: *Los Derechos Constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 1999), p. 113.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Sesión N° 84, párrafo 2, p. 16.

<sup>44</sup> “La dignidad de la persona no es superioridad de un hombre sobre otro, sino de todo hombre sobre los seres que carecen de razón”: Jesús González Pérez, citado en Arce y Flórez-Valdés, Joaquín: *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional* (Madrid, Civitas, 1990) p. 148.

<sup>45</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Sesión N° 84, párrafo 8, p. 13.

<sup>46</sup> *Idem*, sesión N° 87, párrafo 3, p. 13.

La postura sostenida por estos comisionados resulta compatible, en efecto, con lo ya explicado acerca del concepto de persona desde la concepción: “una coherente argumentación a favor de la defensa legal del no nacido depende de su reconocimiento como persona humana y, por tanto, dotado de un correspondiente derecho a la vida”<sup>47</sup>, fundamentándose tal aseveración en que “presupuesto fundamental para una defensa legal de la vida de los no nacidos en un estado constitucional, es el reconocimiento del hecho de que el no nacido, tanto en estado embrional como fetal –y en forma análoga el disminuido físico o mental, así como la persona en coma irreversible– sea considerado ante la ley como un ser humano, *como cualquier otro humano vivo ya nacido*”<sup>48</sup>.

La referencia directa a la protección constitucional de la vida del que está por nacer, a través del mandato que la Constitución le impone a la ley, es emblemática, porque con ella la Constitución está considerando que la vida se inicia en el momento de la concepción del ser humano. Coherentes a este sentir resultaron las indicaciones de Enrique Ortúzar, al señalar que “es evidente que el ser humano tiene cierta existencia aun antes de nacer, y si bien es efectivo que el Código Civil previene que la existencia de la persona comienza al nacer, también el mismo Código reconoce que existe un principio de persona antes del nacimiento y por eso la protege”<sup>49</sup>.

El derecho a la vida conlleva entregar categóricamente a la ley la protección del que está por nacer, como asimismo la protección de los que nacen con alguna tara o deformidad. De esta manera, se elimina toda opción tanto eutanásica como eugenésica, en virtud que este derecho cautela a todos los miembros de la comunidad, en cuanto se vean amenazados o afectados en su derecho a la supervivencia<sup>50</sup>.

Asimismo, el hecho de proteger expresamente la vida, su efecto principal es que, salvo la pena de muerte, no reconoce otras excepciones. Desde luego bajo esta óptica se presume el amparo a los nacidos deformes, ancianos o enfermos incurables, o a todo aquel que la ciencia califique como irrecuperable.

De esta forma, la consagración del derecho a la vida como el primero y más fundamental de los derechos, excluye de suyo el tema del aborto, haciéndolo por lo tanto ilícito<sup>51</sup>, lo que se manifiesta con especial énfasis en la redacción de la norma del inciso 2° del mismo N° 1 del artículo 19, estableciéndola en los siguientes términos: “la ley protege la vida del que está por nacer”, lo cual implica que, para la Constitución, la vida jurídicamente protegible se inicia desde la concepción y no desde el nacimiento<sup>52</sup>.

En este caso, se busca proteger al embrión humano con calidad de persona, lo cual se identifica con la idea que “el ser persona es la única modalidad de existencia que conviene a la naturaleza humana... por lo que aparece apropiado hablar del embrión humano, no como de una persona potencial, sino como una persona actual dotada de un alto potencial para su desarrollo”<sup>53</sup> y con una clara conciencia que la vida no tiene su origen en el nacimiento, sino que es anterior y su raíz está en la concepción<sup>54</sup>.

Sin embargo, en el tema del aborto, algunos comisionados quisieron dejar constancia de que no consideraban la prohibición del aborto como absoluta, como sí lo había hecho el Comisionado Guzmán, ya que estimaban que existían situaciones que podían justificarlo: “Estima –el Comisionado señor Ortúzar– que respecto del aborto terapéutico, cuando el derecho a la vida de la madre está en pugna con el derecho a la vida del hijo –que fue lo que, por

<sup>47</sup> RHONHEIMER, Martín: *Derecho a la vida y Estado Moderno* (Madrid, Ediciones Rialp S.A., 1998), p. 71.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>49</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión N° 89, párrafo 1, p. 18.

<sup>50</sup> Sesión 90.

<sup>51</sup> Sesión 84, p. 13, párrafo 8.

<sup>52</sup> Sesión 90, p. 18, párrafo 1.

<sup>53</sup> POSSENTI, Vittorio: “¿Es el embrión persona? Sobre el estatuto ontológico del embrión humano” en C.I. Massini y P. Serna (editores), *El Derecho a la Vida*, Eunsa, Pamplona, 1998, p. 143.

<sup>54</sup> Sesión 87, p. 13, párrafo 5.

lo menos, en lo personal, hizo mayor fuerza sobre él— existe una pugna entre dos existencias, y en el caso de la eutanasia no se produce esa pugna, de manera que son situaciones diferentes”<sup>55</sup>. Luego, al ser aclarado este punto por el Comisionado señor Silva Bascuñan (quien “entiende que cuando se está protegiendo en la Constitución la vida del que está por nacer, de ninguna manera se concede libertad al legislador para determinar, soberana y arbitrariamente, de qué manera va a protegerla, de modo que no le parece que pueda argumentarse que el legislador quedó libre para hacer lo que desea en materia de protección de los derechos del que está por nacer”)<sup>56</sup> puntualiza el anterior comisionado: “lo que no se quiso hacer en la Constitución fue ni hacer permisible el aborto terapéutico ni condenarlo, y si no se ha hecho permisible ni se ha condenado es porque se le ha entregado al legislador la protección de la vida del que está por nacer, tal como ocurre hoy en día en la disposición del Código Civil, y estima que nadie podría afirmar que el aborto terapéutico constituye delito, porque no está consignado como tal”<sup>57</sup>.

Luego, en la misma sesión, el Comisionado señor Ortúzar resume la postura mencionada: “Dentro de la facultad que tendrá el legislador se podrá no considerar delito el aborto terapéutico —como entiende que hoy día no lo es<sup>58</sup>— ya que la práctica maliciosa del aborto está penada por el Código Penal, pero el aborto terapéutico no se encuentra sancionado por dicho texto legal... Se ha querido hacer una diferencia entre el precepto que consagra el derecho a la vida y la disposición que entrega al legislador el deber de proteger la vida del que está por nacer. Agrega que, en el primer caso, se trata de consagrar en forma absoluta el derecho a la vida, y en el segundo, se desea dejar cierta elasticidad para que el legislador, en determinados casos, como por ejemplo, el aborto terapéutico, no considere constitutivo de delito el hecho del aborto”<sup>59</sup>.

La verdad, sin embargo, es que la totalidad del contexto y de los valores una y otra vez citados a propósito de la creación de la Carta de 1980 son meridianamente claros en cuanto a que para la Constitución la vida es tan valiosa, defendible y digna, cuando se trata de una criatura en gestación como cuando estamos en presencia de un ser humano ya nacido, lo cual tuvo una clara consecuencia legislativa: El artículo único de la Ley N° 18.826 de 15 de septiembre de 1989 reemplazó el artículo 119 del Código Sanitario chileno, que permitía la realización de los llamados “abortos terapéuticos”, por una norma que expresa: “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”.

La realidad es que mientras esta norma estuvo vigente, su práctica fue muy alejada del objetivo anteriormente señalado, pues se lo usó normalmente con fines eugenésicos y por ello, se consideró que la existencia de la norma permitía la realización encubierta de otros fines diversos a su inicial intención y fue derogada, considerando la protección expresa que la Constitución hace de la vida humana.

#### IV CONCLUSIONES

1. La consideración constitucional acerca de que el individuo de la especie humana es persona desde el momento de su concepción, encuentra asidero en cuanto al concepto de “vida” y de “individualidad” en numerosos argumentos proporcionados por la ciencia moderna, particularmente por los estudios de embriología y genética de fines del siglo pasado y del presente siglo.

<sup>55</sup> Sesión 90, p. 14.

<sup>56</sup> Idem, p. 15.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Ello se debe a que en el momento de discutirse este tema, se encontraba vigente la norma del Código Sanitario que lo autorizaba en su artículo 119, el cual fue modificado después.

<sup>59</sup> Sesión 90, p. 16. Otros comisionados, como el señor Evans, consideraron que también debía dejarse abierta la posibilidad de no considerar delito el aborto en caso de violación, vid. P. 19 de la misma sesión.

2. La fijación de la protección de la vida humana por debajo de ese rango, usualmente ha correspondido en los ordenamientos comparados, a una específica voluntad de legislar favorablemente a la manipulación genética, al microaborto o decididamente al aborto.

3. El concepto de preembrión no tiene un respaldo científico efectivo, sino que es un lenguaje más bien convencional utilizado para poder disponer del cigoto humano en procesos de fecundación asistida, manipulación genética o a través de fármacos microabortivos.

4. Al reconocerse constitucionalmente el derecho a la vida de todas las personas, y particularmente el del niño por nacer, se hace remisión al concepto de persona como sinónimo de la pertenencia a la especie humana.

5. La remisión de la Constitución a la protección legal del niño en gestación no deriva, como algún sector lo ha pretendido, en que la criatura concebida no tendría "derecho constitucional" a la vida sino solo una protección legal ni puede considerarse bajo ningún punto de vista que haya significado dar al legislador la facultad de decidir cuándo protegía la vida del niño en gestación y cuándo no. Por el contrario, la Carta Fundamental se remite a la ley porque en ella se encuentran los instrumentos de protección materiales de la vida humana.

6. Las aprensiones de ciertos comisionados en torno a una posible excepción a esta protección constituida por el aborto terapéutico o el aborto en caso de violación, no significó ninguna clase de justificación de aborto o de autorización a la ley para introducirlo. Por el contrario, las normas del Código Sanitario prohíben hoy todo tipo de aborto, precisamente porque se trata de un atentado contra la vida de una persona humana.

7. Finalmente, el concepto de "persona" construido a partir de la Constitución de 1980 nos permite reinterpretar de un modo finalista tanto la ley civil como la ley penal, en cuanto a que el nacimiento es un requisito asociado con el ejercicio de los derechos contenidos en el derecho privado, pero no una exigencia para gozar de derechos humanos tan fundamentales como el derecho a la vida, y por otra parte, para asegurar que el aborto es claramente una conducta que contraviene el orden institucional de la República, se cuente o no con pruebas para proceder a su persecución final y sea que se aplique a un individuo en estado de gestación avanzado o a el ser recién generado en el proceso de fecundación.