

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Dictamen Nº 14.525 de 1992
sobre Servicio Nacional de Menores y
protección del que está por nacer

Doctrina: El Servicio Nacional de Menores está facultado por sus normas orgánicas para celebrar convenios con el fin de apoyar o financiar acciones de protección de los que están por nacer.

Ord. Nº 14.525

SANTIAGO, 15 de junio de 1992

El Servicio Nacional de Menores ha consultado si sus atribuciones legales le permiten celebrar un convenio para la ejecución de acciones de protección de menores en su etapa prenatal, para otorgar financiamiento a un proyecto sobre la materia que ha sido presentado ante ese organismo por la corporación de derecho privado Movimiento Anónimo por la Vida.

La solicitud de dictamen referida aparece motivada por dudas que habrían surgido en relación con el concepto de menor en la legislación chilena ya que de acuerdo con el artículo 26 del Código Civil dicha noción —llámase menor de edad al que no ha llegado a cumplir veintiún años— comprendería solamente a quienes son personas, calidad que con arreglo a las mismas normas del derecho común no tendría el que está por nacer, habida cuenta que según se expresa en el artículo 74, inciso primero, del citado Código, “la existencia legal de toda persona principal al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”; Lo anterior tendría como consecuencia que el servicio peticionario sería incompetente para abordar la ejecución de acciones en favor del producto de la concepción, dado que su objeto y sus atribuciones se encuentran legalmente definidos por referencia a los “menores” que se encuentran en determinadas situaciones contempladas por la ley, las que, asimismo, excluirían la posibilidad de favorecer al que está por nacer.

Con todo, el organismo recurrente, apoyándose en que el contexto del ordenamiento jurídico contiene normas sobre protección del que está por nacer —principalmente de su vida, amenazada entre otras causas por el aborto, en relación con el cual expone cifras estadísticas— y en la “imperiosa necesidad de que exista un organismo público que se haga cargo del niño cuya existencia en su etapa prenatal, se encuentra en riesgo...”, estima que “podría

inferirse que el concepto de menor que utiliza la normativa referente a este servicio, resultaría extensivo a aquel que está por nacer, siempre y cuando se encuentre en una situación de riesgo social”.

Por su parte, ha ocurrido ante esta Contraloría General la mencionada corporación Movimiento Anónimo por la Vida, haciendo presente que, en su opinión, no es dudoso que para los efectos del derecho chileno el que está por nacer es un menor y, por consiguiente, concurriendo a su respecto las situaciones previstas en la normativa legal del Servicio Nacional de Menores beneficiario de la acción asistencial de dicho órgano estatal. Con tal propósito, se acompañan diversos informes en derecho relativos al punto planteado.

En relación con la materia expuesta, esta Contraloría General debe manifestar, en primer término, que el problema al que se plantea no consiste, a su juicio, en dilucidar el contenido verdadero de las nociones jurídicas generales, a que aluden las presentaciones y los aludidos informes en derecho, esto es, los conceptos de menor y de persona y la relación entre ambos o si ellos, tomados en su más pura acepción, incluyen al que está por nacer, sino en determinar concretamente para los fines operativos que interesan si el Servicio Nacional de Menores está facultado por sus disposiciones orgánicas para concurrir a la realización o fomento de acciones de asistencia del que está por nacer.

A tal efecto debe, desde luego, tenerse presente que no existe, dentro de la Administración del Estado, otro servicio público al cual se haya cometido por la ley, de manera especial y excluyente, la función de dispensar protección al niño que está por nacer y que se encuentre en peligro moral o material de donde resulta que en ningún caso podría sostenerse que, al intervenir en dicho orden de materias, el organismo requirente invade una esfera de atribuciones reservada por la ley a otro ente público.

Asimismo, debe considerarse que, a la luz de las disposiciones constitucionales y legales sobre protección del que está por nacer —fundamentalmente el artículo 19 Nº 1 de la Constitución Política acorde con el cual “la ley protege la vida del que está por nacer”— esta es una necesidad pública y, por ello, es tarea del Estado contribuir a su satisfacción a través de los órganos y procedimientos pertinentes.

Enseguida, en cuanto concierne específicamente al alcance de las disposiciones que regulan la competencia del Servicio Nacional

de Menores, contenidas en el Decreto Ley N° 2.465, de 1979, esta Contraloría General estima que, junto con el texto de dichas normas, resultan preeminentes el carácter y los fines protectivos con los cuales esa legislación ha sido concebida, los que aparecen de manifiesto tanto en la parte considerativa como en el artículado de dicho cuerpo legal.

En tal sentido, cabe anotar que, aun si se admitiera que el concepto de menor definido por el artículo 26 del Código Civil es estricto y no incluye al que está por nacer —aspecto que este Organismo Fiscalizador no estima del caso abordar aquí— no podría menos que considerarse que, en el contexto de ese Código, dicha noción está esencialmente ligada, en el marco del derecho privado, al régimen jurídico de las relaciones patrimoniales y de familia, del todo ajeno a la regulación de una actividad administrativa asistencial como la que interesa.

Por último y a mayor abundamiento, es dable añadir que, dada precisamente la naturaleza protectora de las normas que rigen las funciones del Servicio Nacional de Menores, forma parte de la competencia de éste la ejecución de acciones que, como las que se refieren a la asistencia del que está por nacer, precaven las situaciones de riesgo que ese organismo está directamente llamado a remediar.

Atendidas las consideraciones que anteceden no cabe sino concluir que el Servicio Nacional de Menores se encuentra facultado por sus normas orgánicas para concurrir a la celebración de convenios con el propósito de apoyar o financiar acciones de protección de los que están por nacer.

COMENTARIO

La preocupación por la protección del que está por nacer se ha hecho sentir más intensamente en el último tiempo, lo que no extraña si se consideran las múltiples y diversas amenazas que se ciernen sobre las criaturas que mientras están en el vientre materno parecen no poder alcanzar un reconocimiento pleno de su categoría de seres humanos. Y así, en ocasiones se les niega el derecho a nacer y desarrollarse, por medio de la despenalización del aborto; en otras, se admite la extracción de tejidos u órganos de embriones para emplearlos como tratamientos terapéuticos en adultos o para la confección de productos cosméticos. Por último, en varios países ya es relativamente común la crioconservación de embriones y su manipulación en las llamadas técnicas de reproducción humana asistida (fecundación *in vitro* y sus modalidades).

Ante este panorama se hace manifiesto lo urgente de clarificar el *status* jurídico que debe reconocerse en el sistema chileno a los llamados *nascituri*, es decir, a las criaturas no nacidas,

sea que éstas se encuentren o no en el vientre de una mujer gestante.

En este sentido, el pronunciamiento favorable de la Contraloría General de la República a la consulta del Servicio Nacional de Menores, en orden a la competencia de este organismo para celebrar un convenio que permitiera financiar un proyecto relativo a acciones de protección de menores en su etapa prenatal, resulta particularmente auspicioso y estimulante.

La cuestión se centraba en el concepto de menor. Si las criaturas por nacer debían ser calificadas como menores, el Servicio Nacional de Menores tendría facultades a su respecto; en caso contrario, ellas serían improcedentes.

Por la solución negativa podía invocarse el art. 74 del Código Civil que reconoce como persona sólo al nacido, con lo cual el art. 26 del mismo cuerpo legal, al clasificar a los individuos en menores y mayores de edad, no podría encontrar aplicación en los *nascituri*.

Lamentablemente, el organismo contralor no consideró necesario entrar en el fondo del problema que, en definitiva, radica en la personalidad del que está por nacer, y prefirió llegar a la respuesta mediante un camino indirecto. No obstante, advirtió que el art. 26 del Código Civil bien podría entenderse inaplicable al caso por contener la noción de menor en el marco de las relaciones patrimoniales y de familia, que serían ajenas a la regulación de una actividad administrativa asistencial.

El razonamiento de la Contraloría se compone de una doble consideración. En primer lugar, se declara que, dado lo establecido en el art. 19, N° 1 de la Constitución, la protección del que está por nacer es una "necesidad pública", y por tanto tarea que el Estado debe satisfacer a través de sus órganos. En segundo término, se comprueba que esa tarea no aparece encargada expresamente a ningún otro servicio público dentro de la Administración del Estado. De esta doble constatación, la Contraloría deduce que no hay obstáculos para afirmar que esta función es de competencia del Servicio Nacional de Menores, atendido el carácter y los fines protectores de este Servicio.

En verdad, la estructura del planteamiento de la cuestión no nos parece muy sólido. Más de alguien se sentiría tentado a señalar que el solo hecho de que la Constitución encargue al Estado una tarea, no autoriza a conferir una atribución que la ley no ha encomendado en particular a ningún servicio público. ¿No se estaría consistiendo en una vulneración al principio de legalidad, consagrado en el art. 7 de la Carta Fundamental, al imputar al Servicio Nacional de Menores una prerrogativa que la ley no le ha conferido?

Coincidiendo con el resultado práctico al que ha arribado la Contraloría, nos parece que si se quiere buscar un fundamento definitivo a la cuestión planteada, no es posible escabullir el problema de la personalidad del *nasciturus*.

A nuestro juicio, el art. 26 del Código Civil, que contiene el concepto de menor de edad, se refiere a las personas con existencia legal, esto es, a las ya nacidas. El hecho de que se exprese en términos amplios: "el que", no autoriza a sostener que el legislador estaba pensando en todos los seres humanos, sin distinguir si han alcanzado existencia legal o no; en efecto, esas expresiones no son más que recursos estilísticos para evitar redundancias (en frases anteriores el artículo se refiere al varón y a la mujer). No parece, por otro lado, que su disposición deba restringirse al ámbito de las relaciones privadas; no hay que olvidar que se trata de un precepto contenido en el título preliminar del Código, concebido como derecho común aplicable no solamente al derecho civil.

Pero la cuestión no queda zanjada en sentido negativo por la constatación anterior. En efecto, queda un segundo problema por dilucidar; a saber, si efectivamente el que está por nacer no es sujeto de derechos en nuestro ordenamiento.

Cierto es que el art. 74 del Código Civil parece negarlo, pues sostiene que: "la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre". Ello indicaría que nuestra ley niega la posibilidad de ser sujeto de derechos y, por tanto, de obtener protección jurídica, a la criatura que aún no ha nacido. Pero tal interpretación no concuerda ni con el trasfondo histórico de la disposición ni con el contexto global del sistema normativo.

El art. 74 del Código Civil no es más que el punto de llegada de una disposición que ha tenido un largo desarrollo desde los tiempos del Derecho romano. De allí que no pueda prescindirse de un estudio sobre su origen histórico a la hora de interpretar el precepto. El artículo 74 y los que le siguen no hacen más que recoger el antiguo brocardo del Derecho común: "*nasciturus pro iam nato habetur quotiens de eius commodi agitur*", esto es, la regla que dispone que al que está por nacer se le tiene por nacido en todos los casos en los que ello le favorece o le resulta provechoso. Las Siete Partidas recogían la máxima en forma clara: "De mientras que estoviere la creatura en el vientre de su madre toda cosa que se faga o diga a pro della, aprovechan ende, bien assi como si fuesse nascido; mas lo que fuesse dicho o fecho a daño de su persona, o de sus cosas no le empesce" (Partida 4ª, título 23, ley 3).

Este es pues el sentido auténtico de la negación de existencia legal al *nasciturus* en nues-

tro Derecho. Se trata de una suspensión de su capacidad adquisitiva, pero no de una desprotección jurídica, sea en el aspecto personal como en el patrimonial. Así, el *nasciturus* tiene una completa cobertura en ambos planos:

a) En el aspecto patrimonial, todos los derechos que se le defieren a la criatura permanecen en suspenso, y si llega a nacer entra en el goce de ellos *como si hubiese estado ya nacido al momento en que se defirieron* (art. 77 CC). Por tal razón, el *nasciturus* goza de capacidad para suceder por causa de muerte (art. 962 CC), y para recibir donaciones (art. 1390 CC). Además, la ley provee un administrador para estos bienes, concediendo al padre o a la madre legítima la patria potestad sobre el que está por nacer (art. 240, inciso 2º CC), y, a falta de éstos, posibilitando el nombramiento de un curador de bienes (*ad ventris*) (arts. 485 y siguientes CC).

b) En lo que se refiere a la persona del que está por nacer, esto es, a la protección de su vida, su integridad física y psíquica y al desarrollo del embarazo, el ordenamiento jurídico chileno ha sido también muy cuidadoso. De allí la penalización como delito del aborto provocado (cfr. arts. 342 y siguientes del Código Penal y 119 del Código Sanitario), y la declaración del Código Civil, elevada hoy a rango constitucional, de que la "la ley protege la vida del que está por nacer" (art. 75 del Código Civil y 19, Nº 1 de la Constitución).

Esta protección se concreta en posibilidades de actuación judicial para impedir que el año por nacer se vea afectado en su derecho a la vida y a la salud. En efecto, el mismo Código Civil dispone que "El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará" (art. 75). Nótese la amplitud del precepto; no es necesario que se acredite completamente un peligro, basta que el juez tema su ocurrencia.

Además, de la combinación de los arts. 19, Nº 1 y 20 de la Constitución, se desprende claramente que procede el recurso de protección ante una amenaza o perturbación de la vida o integridad física y síquica del *nasciturus* (así lo sostiene el profesor Soto Kloss en su estudio "Derecho a la vida y recurso de protección", publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 81, sec. Derecho, pág. 60).

Por si quedara todavía alguna duda, respecto de la protección jurídica del que está por nacer en el sistema chileno, ella debiera terminar por disiparse si se examinan los textos internacionales sobre derechos humanos suscritos por Chile, y que de acuerdo al art. 5 de la Constitución forman parte en cierta manera del

ordenamiento interno. Cabe citar en este sentido la *Convención sobre los Derechos del Niño*, suscrita por Chile el 26 de enero de 1990 (D. Oficial de 27 de septiembre de 1990). La Convención declara enfáticamente que, para sus efectos, se "entiende por niño *todo ser humano menor de dieciocho años de edad...*" (art. 1). Esta definición comprende a los *nascituri* ya que, según la misma Convención, "el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, *tanto antes como después del nacimiento*" (preámbulo).

Igualmente, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, suscrito por Chile en esa misma fecha (D. Oficial de 29 de abril de 1989), declara expresamente que "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado" (art. 24.1).

No cabe, pues, sino afirmar que el *nasciturus* debe ser considerado sujeto de derechos, esto es, persona, cada vez que esa consideración vaya en su beneficio. Se le tiene por nacido para todo lo favorable.

Puede concluirse que, en nuestro sistema normativo, la criatura que está por nacer, si bien consolida su capacidad adquisitiva patrimonial con el nacimiento, es considerada como nacida, y por ello como persona o sujeto de derechos, en todo lo que le pueda favorecer, y, en consecuencia, respecto de toda medida, judicial o administrativa, que tienda a proteger su vida, integridad física y desarrollo normal.

Ahora bien, si a la criatura por nacer se le tiene por nacida para todo lo que le aproveche, debemos deducir a renglón seguido que entrará en la categoría de "menor de edad", ya que se le aplicará justamente la disposición del art. 26 para el efecto favorable de que se trate. Si se le tiene por nacido, se le tendrá por menor de 21 años, ya que es obvio que no ha cumplido la mayoría de edad.

De esta manera, concordamos en definitiva con lo resuelto por el Dictamen de la Contraloría General. Pensamos que abre una rica vía interpretativa que puede llevar a poner de relieve todos los instrumentos normativos que la actual legislación ofrece para dar efectivo cumplimiento a la garantía constitucional de protección a la vida del que está por nacer.

En efecto, si el Servicio Nacional de Menores tiene competencia en la materia, deberemos afirmar que toda la legislación dictada para los menores de edad, en cuanto beneficie al *nasciturus*, deberá aplicársele sin excepciones.

En especial, ha de tener aplicación la ley 16.618, Ley de Menores, ya que dicho cuerpo legal "se aplicará a los menores de edad" (art. 1º). si alguien pensara que es dudoso que a la criatura que está en el vientre materno, al considerársela ya nacida, deba reputársela con una edad inferior a la mayoría legal, debería arribarse a idéntica conclusión, puesto que de acuerdo con el art. 1º de la ley, "en caso de duda acerca de la edad de una persona, en apariencia menor, se le considerará provisionalmente como tal".

Por otra parte, parece manifiesto que las medidas de protección que los Jueces de Menores están autorizados a dictar en favor de los menores de edad, son aplicables a los *nascituri*, desde el mismo momento en que dichas medidas son concebidas como una protección a la vida, salud o normal desarrollo de la criatura, esto es, como un efecto favorable para el niño. Denegar u omitir tales medidas judiciales, con el pretexto de que nuestra ley niega personalidad al *nasciturus* constituye una interpretación errada. Significa vulnerar directamente la disposición del art. 75 del Código Civil que obliga al juez a adoptar medidas cuando crea que el que está por nacer pueda peligrar.

Lo que acabamos de afirmar se confirma si pensamos que los Jueces de Menores están expresamente llamados a intervenir en gestiones relacionadas con las criaturas que están por nacer. En efecto, están llamados a pronunciarse sobre una eventual suspensión o pérdida de la patria potestad relativa a la criatura que está por nacer (art. 26, Nº 1, de la Ley de Menores en relación con los arts. 240, inciso 2º, 262 y 267 del Código Civil); y sobre el nombramiento y remoción del curador de sus derechos eventuales (art. 26, Nº 6, de la Ley de Menores en relación con el art. 485 del Código Civil).

Parece conveniente reafirmar esta competencia tanto del Servicio Nacional de Menores como de los Jueces de Menores para que puedan convertirse realmente en los órganos protectores que establece la ley, en beneficio de todos los niños, cualquiera sea su etapa de desarrollo físico.

Hernán Corral Talciani
Profesor de Derecho Civil