

**Alberto
Lyon
Puelma**

**Universidad
Católica de Chile**

alyonp@uc.cl

Recibido: 11.09.18

Aceptado: 03.10.18

El concepto de persona y su papel en nuestro sistema legal.

Análisis crítico del fallo del tribunal constitucional que declaró la constitucionalidad de la ley que despenalizó el aborto en tres causales

The concept of person and its role in our legal system.

Critical analysis of the failure of the constitutional court that declared the constitutionality of the law that depanelized abortion in three causes

Resumen: Este trabajo pretende explicar que el concepto de persona y personalidad jurídica no es un requisito necesario y suficiente para ser titular de derechos, aunque sí lo es para ser considerado como un *sujeto de derecho* en materia de relaciones jurídicas creando, modificando o extinguiendo derechos y obligaciones. Y pretende hacer lo anterior, con el objeto de analizar críticamente el fallo del Tribunal Constitucional chileno, que declaró la constitucionalidad de la ley N° 21.030, que despenalizó el aborto en tres causales, demostrándose que el voto de mayoría contiene aseveraciones falsas, insuficientes y lógicas y jurídicamente mal construidas; que las conclusiones a las que dicho voto arriba, subvierten algunos conceptos fundamentales de la ciencia del derecho y que hace caso omiso de la voluntad expresada por el constituyente cuando a propósito de una modificación de la Constitución, se dejó constancia de que el concebido y no nacido gozaba del derecho a la vida.

Palabras clave: persona; función de la personalidad jurídica; dignidad intrínseca del *nasciturus*; aborto; interrupción del embarazo.

Abstract: This work aims to explain that the concept of person and legal personality is not a necessary and enough requirement to be the holder of rights, although it is to be considered as a subject of law in matters of legal relationships creating, modifying or extinguishing rights and obligations. And intends to do so, in order to critically analyze the Chilean Constitutional Court ruling, which declared the constitutionality of law N° 21.030, which decriminalized abortion in three causes, showing that the majority vote contains false, insufficient and logically and legally badly constructed assertions; that the conclusions to which said vote above subvert some fundamental concepts of the Science of Law and that ignores the will expressed by the constituent when, regarding to a modification of the Constitution, it was recorded that the unborn and conceived child had the right to life.

Keywords: Person; function of legal personality; intrinsic dignity of the *nasciturus*; abortion; interruption of pregnancy.

En este trabajo nos proponemos formular un análisis crítico del fallo del Tribunal Constitucional de 28 de agosto de 2017 que se pronunció sobre la constitucionalidad de la ley 21.030, pero desde el punto de vista del derecho, esto es, de la ciencia jurídica y de la normativa vigente.

Sin embargo, para hacerlo adecuadamente, es necesario exponer qué es lo que la ciencia del derecho y nuestro sistema legal establecen y consideran respecto de algunos conceptos jurídicos muy relevantes, porque constituyen los soportes sobre los cuales se ha tejido la trama de nuestro ordenamiento jurídico.

Por esta razón, en la primera parte de este trabajo, se expondrán estos conceptos tal como se describen por la disciplina jurídica tratando siempre de conectarlos

con el papel que desempeñan dentro de nuestro orden jurídico, porque sin esta consideración, las posibilidades de desviación y subversión de los mismos, son muy significativas.

En la segunda parte, se desarrollará el análisis crítico del citado fallo, demostrándose que el voto de mayoría contiene aseveraciones insuficientes, y lógica y jurídicamente mal construidas; que las conclusiones a las que dicho voto arriba subvierten algunos conceptos fundamentales de la ciencia del derecho y que hace caso omiso de la voluntad expresada por el constituyente cuando, a propósito de una modificación de la Constitución, se dejó constancia de que el concebido y no nacido gozaba del derecho a la vida.

1. Los conceptos fundamentales

1.1. Categorías jurídicas

Todo ordenamiento jurídico se encuentra organizado y se desenvuelve alrededor de unos cuantos conceptos fundamentales “que tienen la propiedad de ser, no resultados, sino instrumentos de la ciencia jurídica, no generalizaciones casuales de fenómenos jurídicos empíricos, sino categorías imprescindibles del pensamiento jurídico” (Radbruch, 1959, p. 50). Se trata de conceptos que la misma ciencia jurídica ha construido para alcanzar por su intermedio los resultados que se propone. Como tales, no nacen de la observación de la realidad empírica ni constituyen tampoco el resultado de sucesivas aproximaciones o elaboraciones abstractas de relaciones humanas, son formas puras, carentes de todo juicio valorativo que no sea la utilidad que prestan para una organización abstracta de las normas de conducta (Stammler, 1930)¹.

Así por ejemplo, no puede pensarse en ningún orden jurídico que no estructure las relaciones jurídicas sobre la

base de derechos y deberes. A su vez, no cabe pensar en derechos y deberes sin sujetos en quien residan o sin objetos a que referirse.

La noción de persona es uno de estos conceptos fundamentales en que descansa la ciencia del derecho. Es uno de los métodos de ordenación de nuestra conciencia jurídica. Solo mediante su intervención se puede entender que una cuestión concreta pueda articularse y proyectarse dentro de la totalidad del derecho.

1.2. La noción de personalidad jurídica y persona

1.2.1. Introducción

Persona y hombre son palabras sustancialmente diferentes. La palabra hombre da cuenta de una realidad. El concepto de persona da cuenta de una abstracción jurídica que expresa solamente el punto común al cual deben ser referidas las acciones y omisiones reguladas por el orden jurídico.

¹ A partir de la página 289, el autor realiza un amplio desarrollo del tema relativo a categorías jurídicas.

La personalidad como concepto estrictamente jurídico es, en consecuencia, un producto de este orden que se puede ligar a cualquier sustrato de base estable. En este sentido preciso, el hombre es persona, no por su naturaleza, sino por obra del derecho, cuando se considera como categoría jurídica. No necesariamente el hombre debe estar dotado de personalidad para gozar de un derecho así como tampoco necesariamente debe ser la única cosa o entidad que sea considerada por el derecho como persona. Esa ciencia que denominamos derecho podría establecer la esfera de protección de la dignidad del hombre y su valor de una manera distinta; y de hecho lo hace cuando protege la vida del que está por nacer y la divulgación de su identidad genética, aun sin atribuirle personalidad. Por otro lado, la historia demuestra que por largo tiempo hubo una clase de hombres a los que se les negaba la calidad de sujetos de derecho, los esclavos, no tanto porque no tuvieran dignidad y valor sino por la necesidad de contar con mano de obra gratis o por razones políticas. Más aún, hasta hace poco tiempo, la personalidad podía perderse por la muerte civil, como lo establecía el artículo 95 de nuestro Código Civil, hoy derogado, que decía: “Termina también la personalidad, relativamente a los derechos de propiedad, por la muerte civil, que es la profesión solemne, efectuada conforme a las leyes, en instituto monástico, reconocido por la Iglesia Católica”. Además, la personalidad es un concepto elaborado por la ciencia jurídica, un instrumento del cual se sirve para ordenar y describir su objeto (Kelsen, 1960, p. 127).

Parte de la doctrina ha reconocido que “no hay diferencia alguna entre la personalidad jurídica individual y la colectiva; desde el punto de vista del derecho, es irrelevante que el sustrato de la personalidad jurídica sea el individuo humano o una pluralidad de individuos unificados idealmente por el orden jurídico. Como es irrelevante también que esta pluralidad de personas

constituye a su vez, o no, una *persona* o incluso se trate de una entidad que deba a la ley su realidad” (Legaz Lacambra, 1943, p. 514).

Sin embargo, debemos advertir —para templar la omnipotencia formal del derecho— que el orden jurídico es “la norma de convivencia humana, es un producto del espíritu humano y por consiguiente, tiene siempre por objeto el desarrollo y la garantía de los intereses individuales y sociales” (Ferrara, 1943, p. 154). No se puede negar que toda personalidad jurídica (individual o colectiva) presupone “ontológicamente el momento formal y abstracto de la persona (individuo) humana: un ser con dignidad, un ser que es sujeto y no objeto, que posee libertad y sobre el cual gravita un destino” (Legaz Lacambra, 1943, p. 511).

1.2.2. Quiénes son personas

a. Personas naturales

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 55 del Código Civil, son personas “todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”. De esta manera, nuestro código atribuye personalidad jurídica a todo ser nacido de una mujer, rechazando, con ello, la doctrina imperante en la antigua legislación española² y en algunas legislaciones, muy recientemente derogadas de algunos países³ que solo atribuía la personalidad a aquellos seres que presentaban signos característicos de humanidad.

Sin embargo, conforme a lo dispuesto en el artículo 74 del Código Civil, la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás. Esto hace que el individuo humano que todavía no llega

² Alfonso X en La Ley 5, título 23, Partida 4 decía: Non deben seer contados por fijos, los que nascen de mujer et non son figurados como homes, asi como si hobiesen cabeza ó otros miembros de bestia... Mas si la criatura que nasce, ha figura de home, maguer haya miembros sobejanos ó menguados, nol empesce quanto para poder heredar...”.

³ En derecho comparado, por ejemplo, el artículo 51 del Código Civil argentino, hoy derogado por la ley N° 26.994 publicada el 8 de octubre de 2014, que lo sustituyó por un nuevo Código Civil y Comercial, exigía que los entes presenten signos característicos de humanidad; y el artículo 30 del Código Civil Español, sustituido recién en 2011 por la ley 20/2011 Disposición final tercera, decía “Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

a nacer no sea considerado *persona* por el orden jurídico chileno.

No obstante, ha surgido en Chile una doctrina que se conoce con el nombre de la “teoría de la evolución del concepto jurídico de persona”. Esta concepción sostiene que el concepto jurídico de *persona* ha sufrido una evolución en la historia del derecho. Así, en la antigüedad, el término *persona* no tenía un alcance técnico para el derecho siendo utilizado como sinónimo de hombre. En Roma era posible considerar a un esclavo como hombre, aunque no podía ser titular de derechos.

En una segunda etapa, el concepto de persona pasó a ser utilizado por el derecho, especialmente una vez desaparecida la organización feudal de la sociedad como sirviendo de base a la explicación técnica de la categoría conceptual llamada “derecho subjetivo”. El derecho subjetivo precisa un titular, un sujeto. Este sujeto recibe el nombre de persona. Se trata, por tanto, ya de una categoría conceptual propiamente jurídica, pero de alcance más bien instrumental o técnico. Esta concepción de persona como noción técnico-legal llega a su máxima expresión con Hans Kelsen, para el cual el término persona no designa más que un centro de imputación normativa, posición esta que se le asigna por los partidarios de la postura que exponemos como una visión formalista de la persona.

La tercera etapa —dice esta nueva doctrina— corresponde a la de ellos mismos y se encuentra inspirada en la necesidad de superar los modelos positivistas que, al decir de ellos, quedaron desprestigiados por las horribles violaciones a la dignidad humana cometidas por los regímenes totalitarios nazi y comunista. Para esta doctrina se debe transformar el concepto técnico de persona en la que se establece o crea un abismo entre ella y las cosas (objetos de derechos) a fin de darle un

significado jurídico- institucional y no puramente técnico, y exigir así que la personalidad le sea reconocida a todo ser humano, nada más que por el hecho de ser tal: por pertenecer a la especie *homo sapiens* (Corral Talciani, 2018, p. 284). La Declaración Universal de Derechos Humanos, ha podido proclamar que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (art. 6), precepto que ha sido recogido también por la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica: “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (art. 3)⁴.

Esta doctrina, más que una reacción ante las atrocidades de los regímenes nazi y comunista es una reacción a las estrategias del postmodernismo actual, que pretende privar de contenido axiológico a las instituciones jurídicas y utilizar su cáscara para gozar del prestigio que ellas tienen en nuestra sociedad, precisamente para producir un cambio subrepticio en su moral. Ese método es el utilizado por todos los totalitarismos y, en consecuencia, el temor de la doctrina en comentario es justificable, pero no es suficiente como para poder probar en términos jurídicos una postura nueva.

Los partidarios de esta doctrina sostienen que dado lo dispuesto en el artículo 1.2 y el artículo 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, se ha modificado en cierta forma nuestro Código Civil, pues el artículo 1 establece que “persona es todo ser humano” y el artículo 3 previene que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Para esta posición, la “doctrina tradicional ha interpretado las normas de los arts. 74, 75 y 77 de nuestro Código haciendo una separación entre *existencia legal* de la persona y existencia natural: la primera comenzaría con el nacimiento; la segunda con la concepción. De este modo, el *nasciturus* no

⁴ La misma Convención declara previamente que para sus efectos, “persona es todo ser humano” (art.1.2). Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso denominado *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*, de 2012, considerando 186, dice lo siguiente: “No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término ‘concepción’. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción”.

sería legalmente persona mientras no llegue a nacer y su nacimiento no reúna las condiciones previstas por el art. 74: separación completa de la madre y sobrevivencia de la criatura, aunque sea por un instante después del parto”.

Para esta postura, la interpretación tradicional explicada en los párrafos precedentes no es extraña porque ella no hace sino reflejar la época en la que se redactó el Código y en la que se escribieron sus primeros comentarios: es decir, aquella en la que el concepto de persona era utilizado como una noción técnica desprovista del valor institucional que le reconocemos hoy en día y que se centraba en el problema de la adquisición de derechos patrimoniales (hereditarios). El mismo Código, que declara, para los efectos de la adquisición de derechos patrimoniales, que la *existencia legal* de la persona principia al nacer, no tiene inconveniente en proclamar solemnemente que la ley protege la vida del que está por nacer, y conceder una especie de tutela cautelar (en una especie de anticipación del actual “recurso de protección” del art. 20 de la Constitución), para que de oficio o petición de cualquier personas el juez adopte “todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra” (art. 75). A la doctrina en comentario le parece que una interpretación sistemática y actualizada del Código Civil, hecha ahora en la perspectiva del concepto institucional de persona, que es el recogido por nuestro texto constitucional y por la cultura jurídica nacional, no puede sino admitir que, en nuestro Código Civil, el *nasciturus* es considerado un ser humano y, por ende, una persona con derecho a la vida. Esta lectura actual de las viejas normas es facilitada por un precepto ordinariamente descuidado por nuestra dogmática. “Se trata del art. 55, en el que Bello introdujo una norma muy vanguardista, no solo para su época sino incluso en la nuestra: ‘Son personas todos los individuos de la especie humana’” (Corral, 2005).

Pero esta doctrina supone, aunque sabemos que lo

hace solo formalmente, que la personalidad jurídica es una condición necesaria para constituir al hombre en sujeto de derechos, en circunstancias que el hombre no es titular de derechos por ser persona sino porque posee una *dignidad intrínseca*. Es digno por tener un alma racional, consciente de su existencia, sensible, que es libre en el ejercicio de esa racionalidad, y que, por tal razón, es capaz de crear⁵. Y se dice que esa dignidad que tiene es *intrínseca*, porque no proviene de nada más que de sí mismo, de su propio ser interior⁶; y la posibilidad de tener *derechos* no es, por consiguiente, algo que haya podido serle dado por alguien, llámesele colectivo, estado, tribu, nación u ordenamiento jurídico.

Esta doctrina se funda en que, producto de la evolución del concepto jurídico de persona, la forma elegida por la referida Convención para reconocerle esa *dignidad intrínseca* al ser humano fue otorgarle un derecho fundamental para que se le reconozca su personalidad jurídica, subsumiendo así esa dignidad dentro de tal concepto, pero se olvida, a nuestro juicio, que para cumplir tal objetivo, este concepto jurídico tiene una importante limitación porque el concepto de “persona” no expresa jurídicamente toda la realidad ontológica del hombre, sino una parte de ella, que es la que se expresa únicamente en el plano de las *relaciones jurídicas*, como se verá.

Y es por ello que la modificación tácita de los artículos 74, 75 y 77 del Código Civil, que esta doctrina sostiene que ha ocurrido, en realidad no ha podido ocurrir, pues el que todo ser humano tenga derecho a que se le reconozca su *personalidad jurídica* no se opone a que se le reconozca, también, su propia existencia natural, que es una existencia distinta a la legal, una existencia que es mucho más amplia y omnicompreensiva que esta última, porque es la base donde residen todos los derechos. Tener derecho a que se le reconozca personalidad jurídica no significa que, por no tenerla, se sea incapaz de adquirir derechos, sino que, por tener existencia natural, es que se puede adquirir el derecho a que se le reconozca

⁵ Y por eso que la fe católica expresa que el hombre es copartícipe de la creación de Dios y, que, por ello, todo ser humano es también parte del plan de Dios.

⁶ Intrínseco, del latín *intrinsecus*, que significa “interiormente”.

tal personalidad. En consecuencia, no ha existido modificación tácita, porque ambas regulaciones, las del Pacto de San José de Costa Rica como las del Código Civil, no son excluyentes entre sí, sino complementarias.

El reconocimiento constitucional y legal de la existencia natural del ser humano garantiza su capacidad jurídica en todo orden de derechos, sean estos patrimoniales o extrapatrimoniales. En materia únicamente de relaciones jurídicas se ha organizado esa garantía a través del concepto de personalidad, porque con ello se permite a los cuerpos intermedios entre el hombre y el estado que co-actúen con los seres humanos en un plano de igualdad; pero incluso en éste así como en todos los otros órdenes de materia, la capacidad de adquirir derechos se funda únicamente en la existencia natural del ser humano.

b. Personas jurídicas

Por su parte, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 545 del Código Civil, “persona jurídica es una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representadas judicial y extrajudicialmente”.

Sin embargo, como veremos en el párrafo 2.2 siguiente, esta definición corresponde —como lo señala la “teoría de la evolución del concepto jurídico de persona”— a una segunda etapa de la evolución jurídica de persona y personalidad. La norma en comentario, que es un reflejo de la Teoría de la ficción de Savigny (1872, p. 55), indirectamente establece que el hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. La persona física —señala Kelsen— designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo; la persona jurídica, en cambio, designa un conjunto de normas que regulan la conducta de una pluralidad de individuos. Sin embargo, en ambos casos la persona representa el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por esas normas.

En el caso específico de las personas jurídicas, sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Algo similar ocurre con los actos de la persona jurídica. Ellos, en rigor de verdad, son actos cumplidos por individuos, pero imputados a un ser ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. La personalidad jurídica se convierte así, en un punto de imputación de actos, derechos y obligaciones, es decir, una entidad ficticia (tanto en el hombre como en las entidades morales) a la cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por las normas jurídicas (Kelsen, 1965, p. 87).

Sin embargo, lo anterior significa, en la práctica, que “persona es el único sujeto de derechos”; y el que no sea persona, no puede tener derecho alguno desde un punto de vista de técnica jurídica. Pero esto que se dice debe ser necesariamente precisado, porque tal aseveración carece de sentido cuando se utiliza fuera del plano de las relaciones jurídicas, que es precisamente el campo de aplicación donde tal aseveración es constreñida por el propio sistema legal. Fuera de ese campo, el concepto de persona mirado desde un punto de vista técnico, esto es, como un mero instrumento para atribuir determinados efectos jurídicos cuando se presentan las hipótesis previstas en la norma jurídica, carece de sentido y puede conducirnos a conclusiones no solamente contrarias a derecho en el preciso sentido técnico que tiene dentro de la ciencia del derecho sino que, también, legitimar desde un punto de vista jurídico acciones que el ordenamiento jurídico rechaza como un todo, desarmando el núcleo de la información contenida en sus instituciones, pero conservando la forma que ellas expresan en un sentido técnico.

Por esta razón, no solo es importante sino también primordial, determinar el objetivo que cumple la personalidad jurídica en la trama de nuestro ordenamiento jurídico, lo que nos conduce, también, a determinar quién es el verdadero sujeto de derechos. A ello le dedicamos el párrafo siguiente.

1.2.3. *El objetivo que cumple la personalidad en la trama del ordenamiento jurídico. Personalidad y sujeto de derechos*

a. El único titular de derechos es el hombre

Es esencial entender que el concepto mismo de la *personalidad jurídica* para hombres y entidades nunca ha sido ni fue creado para constituir el soporte de derechos objetivos y subjetivos, patrimoniales y extrapatrimoniales. Los supuestos que se consideran por el orden jurídico para configurar los distintos derechos objetivos y subjetivos constituyen hipótesis donde se encuentra siempre el ser humano individual o colectivamente considerado. El sujeto del derecho y del poder que este configura no puede serle atribuido materialmente a una cosa o entidad que no sea el hombre o un grupo de hombres y sus decisiones. Cuando hablamos de personas jurídicas es materialmente impensable atribuirle ese derecho y ese poder a una entidad imaginaria que no existe, porque las normas jurídicas solo pueden tener como objetivo la regulación de conductas humanas⁷. Esto significa que, en rigor de verdad, el único titular de derechos es en verdad el ser humano, el individuo humano, puro y desnudo, porque es un ser sobre el cual radica un destino, que es un fin en sí mismo y que, por tal razón, tiene dignidad. Siendo esto en esencia verdadero, se podrá entender, entonces, por qué razón la *personalidad jurídica*, no puede ser el supuesto necesario y suficiente de todos los derechos objetivos y subjetivos, patrimoniales y extrapatrimoniales. Antes bien, y por el contrario, el único supuesto necesario y suficiente de todos los derechos es siempre “el hombre”.

No obstante, el concepto de “persona” se justifica como categoría jurídica en el derecho moderno, porque

es necesario *personificar* ciertas asociaciones de seres humanos o determinados patrimonios destinados a un fin particular con el fin de que ellos sean considerados “en un plano de igualdad” en el mundo de las *relaciones jurídicas* con el hombre de carne y hueso. El orden jurídico moderno no utiliza el concepto de *persona* para dividir a los seres humanos entre los que tienen personalidad jurídica y los que carecen de ella; y para extraer de dicha división determinadas consecuencias jurídicas. Muy por el contrario, desempeña actualmente un papel de igualación entre todos los hombres y todas las asociaciones de hombres, es decir, no es concebido para dividir sino para unificar en una sola categoría a todos ellos, individual o colectivamente considerados. Para el derecho romano, en cambio, persona era aquel que tenía capacidad jurídica o de goce⁸, pero se les negaba dicha capacidad a los esclavos, que para muchos efectos eran cosas, a los que no tenían la ciudadanía romana, y también, a los que no pertenecían a una familia agnaticia⁹. Pero esto ocurrió antaño, no ocurre ahora, ocurría en una humanidad evolutivamente poco desarrollada, y quien pretenda concebir la personalidad jurídica con criterios divisionales, o ignora una buena parte de la ciencia del derecho o pretende la obtención de resultados metajurídicos. Para el derecho moderno, el concepto de persona es obviamente distinto que para el derecho antiguo. En realidad, como bien sostiene Recasens Siches (1991, p. 269), “quien tiene los deberes y los derechos es el hombre. La personalidad jurídica no es el soporte de esos derechos y deberes, sino su expresión unitaria, bajo la forma de personificación de aquella parte del orden jurídico que los establece y que es concebido como formando parte de un orden jurídico relativamente independiente”.

⁷ En igual sentido se pronuncian Enneccerus, Kipp y Wolff (1948) pp. 291 y 292: “la determinación dada al concepto de los derechos sólo encajan inmediatamente aquellos que corresponden al hombre individual o a una pluralidad de hombres. Donde hablamos de derechos de una persona jurídica, por ejemplo, una asociación jurídicamente capaz o una fundación, no existe en realidad un sujeto al que correspondería el poder jurídico (pensado), pues no cabe considerar como sujetos de los derechos de la asociación o de la fundación ni a los miembros o representantes de la primera ni a los beneficiarios o administradores del patrimonio de la segunda. Por tanto, puesto que todo poder, incluso el meramente pensado, presupone conceptualmente un sujeto del poder, aquí no tenemos derechos en el sentido antes expuesto. Sólo hay una vinculación de bienes o de personas para un cierto fin (el fin de la persona jurídica). Pero a estas afectaciones a un fin no le son aplicables ni el concepto del derecho subjetivo, ni ninguno de los numerosos conceptos singulares y disposiciones jurídicas edificados sobre aquel”.

⁸ Es decir, porque se tiene capacidad de goce se es persona, que es todo lo contrario a lo que manifiesta equivocadamente Hernández Gil en el prólogo a la obra de Pascual Quintana (1959, p. 11): “no se es persona en cuanto se ostenta capacidad jurídica, sino que se ostenta capacidad jurídica en cuanto se es persona”.

⁹ Que expresa un parentesco que no es natural o de sangre sino civil, esto es, puramente jurídico, dependiente de la rigurosa dominación del jefe de familia y del carácter particular de la patria potestad de los romanos.

Esto nos obliga a comprender que el concepto de “persona” actúa en diversas dimensiones de nuestra realidad jurídica, que ser persona no significa para muchos efectos jurídicos, constituir el único soporte de los derechos subjetivos y objetivos de los individuos de la especie humana, que estos individuos no requieren tener personalidad para gozar de tales derechos, porque cualquier sistema legal se construye siempre con base a ese individuo humano y que, por lo mismo, es imposible pensar desde el punto de vista técnico y moral que algún derecho de que gozan otros de la misma especie, no lo tenga un determinado individuo de esa especie, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe y condición, como muy bien se establece en el artículo 55 del Código Civil.

b. Las diferentes dimensiones donde se desenvuelve el concepto de “persona” o “personalidad”

Para Luis Recasens en la realidad, “ser persona consiste en ser yo y no otro; es constituir una existencia única, intransferible, inalienable, irreductible a cualquier otra; es la realidad de mi propia vida, una perspectiva en el horizonte del mundo distinta de todas las otras perspectivas que son las de las demás vidas. La persona auténtica, profunda, íntima, constituye una instancia única e intransferible de decisión que somos cada uno de nosotros” (Recasens, 1991, p. 270), mandante, funcionario público, contribuyente, etc. En cambio — sostenía — “la personalidad jurídica atribuida al individuo se apoya o funda precisamente en aquellas dimensiones de éste, que no son individuales, sino colectivas, comunes, genéricas, esquemáticas. La dimensión del hombre que funciona como persona en el Derecho es la dimensión que este tiene de común con otros sujetos jurídicos, con todos aquellos otros que pueden encajar en la figura prevista por la norma jurídica” (Recasens, 1991, p. 270).

Lo que se ha transcrito es importante por el contenido de derecho que conlleva. Cuando se habla de *persona* en el lenguaje social, cultural y en algunas materias

jurídicas, lo que se expresa es la simple unidad del yo, con exclusión de cualquier otra cosa o individuo. Cuando se habla de personalidad jurídica, en cambio (y en ello no existe ninguna diferencia entre personas físicas o jurídicas), no se designa el *yo individual*, sino que el yo en una dimensión colectiva y esquemática “que se expresa solo en el mundo de las relaciones jurídicas”, entendiéndose el yo en su relación no ya consigo mismo como conciencia propia de ser, sino como lo que se individualiza esquemáticamente en relación con los otros o lo otro. Cuando se actúa como persona en el mundo jurídico, se actúa en diversas dimensiones esquemáticas que producen efectos jurídicos en dichas dimensiones, ninguna de las cuales refleja un aspecto puramente individual¹⁰.

Lo expuesto significa, entonces, que la personalidad jurídica (tanto la que tiene el hombre como las demás entidades morales) se entiende como una forma de presentarse o de estar en las relaciones jurídicas, porque esa es la forma que genera una *auténtica igualdad* entre las distintas partes que integran una relación jurídica.

Esto se ve ratificado por lo dicho por otros filósofos del derecho. Para Luis Legaz Lacambra (1943, p. 698), por ejemplo, “lo mismo en el lenguaje jurídico que en el lenguaje moral, el uso tiende a establecer un cierto matiz diferencial entre las expresiones “ser persona” y “tener personalidad jurídica”. En el primer caso se piensa en una cualidad abstracta, mientras que en el segundo una forma concreta, una concreción de una determinada forma de la persona”. “Se puede decir —añade— que la personalidad jurídica es una peculiar manera o forma de ser de la existencia, que podríamos calificar como *un estar en situaciones jurídicas*; pero un estar que implica su contrapartida activa y dinámica: el hacer, usando de la libertad, situaciones jurídicas nuevas” (Legaz Lacambra, 1943, 705). “La personalidad jurídica —añade— pertenece constitutivamente a la persona humana, pero por ser una categoría de la vida social, es una realidad normativa y, en cuanto normativa, es realidad

¹⁰ Recasens Siches (1991, p. 270) lo explica así: “Todas las concreciones singulares de la personalidad jurídica de cada uno de los hombres traducen ninguno de los aspectos *auténticamente individuales* de cada cual. Por el contrario, “ellas representan complejos o racimos de un conjunto de dimensiones genéricas que concurren en el sujeto que, por ejemplo, es, a la vez, ciudadano, mayor de edad, marido, padre, propietario de inmuebles, inquilino, comprador, hipotecante, depositario, mandante, funcionario público, contribuyente, etc.”.

‘construida’”.

En consecuencia, persona jurídica es el individuo humano en cuanto está en situaciones jurídicas, o sea, en cuanto es persona en dimensión social, bajo cuya condición puede estar en situaciones jurídicas que son situaciones sociales.

c. Cuáles son las consecuencias que se pueden extraer

Cuando los autores hablan de *personalidad jurídica*, no hacen ninguna diferencia entre la que tiene el individuo humano o la que tienen las entidades abstractas como son las sociedades, las corporaciones, las fundaciones. Ella es lo mismo para unos y otras.

Esto se produce porque las normas e instituciones jurídicas forman masas caóticas y confusas que apenas se pueden abarcar con la mirada a lo largo de la historia. Para reducirlas a conceptos científicos, se necesitan métodos permanentes, es decir, modos formales y siempre idénticos de tamizar y compendiar aquel tropel de normas concretas (Stammler, 2008, p. 288).

Esto se hace mediante la elaboración de formas puras de nuestras nociones jurídicas. Ellas “son métodos de ordenación de nuestra conciencia y condicionan todas las posibilidades concebibles de voluntad, simplemente por el hecho de ser jurídica” (Stammler, 2008, p. 289). En este sentido, se debe entender que solo mediante la intervención de estos conceptos elementales creados por el derecho, que condicionan de cierta manera nuestra realidad, se puede entender con absoluta precisión cómo una cuestión concreta se articula dentro de la *totalidad* del derecho¹¹. Uno de estos conceptos es el de la *personalidad jurídica*. Ella nos permite articular cómo las reglas dadas para el arrendamiento, la compraventa, la hipoteca, el depósito, el mandato y otras tantas normas que rigen la conducta de los hombres entre sí y con entidades abstractas que no existen materialmente, pueden regirse en lo concreto de una manera igual y uniforme para los intervinientes que se encuentren en las mismas situaciones jurídicas.

Pero esto que se ha dicho, ocurre en el mundo de las *relaciones jurídicas* que son reguladas por las normas legales, pero no ocurre de igual forma en los casos en que el sistema legal le reconoce al hombre un derecho que garantiza y protege su propio yo, es decir, la realidad biológica de su propia existencia. En aquellas, el concepto de persona está concebido para reflejar la dimensión de esa existencia en el mundo de las *relaciones jurídicas*, en dimensiones del hombre que no son individuales, sino colectivas, comunes, genéricas, esquemáticas.

De esta forma, cualquier efecto o consecuencia que jurídicamente pretenda atribuirse a la personalidad del hombre, concebida como esa dimensión del “yo”, que existe como unidad intrínseca, intransferible, no canjeable, irreductible a cualquier otra, y que provenga de la concepción de la persona concebida por el orden jurídico para la otra dimensión, que, como hemos dicho, concibe su existencia en el mundo de las *relaciones jurídicas*, resulta inapropiada, ilegal o contraria a derecho, porque esas consecuencias no fueron pensadas para serle aplicadas al concepto de persona como expresión del “yo”, sino al concepto de persona en una dimensión no individual.

La incompreensión de los conceptos anteriores ha conducido no ya a los juristas (en lo que pudieren ser calificados de tales) sino a algunos órganos jurisdiccionales del Estado, a resolver cuestiones fundamentales que empecen al hombre de manera completamente equivocada desde el punto de vista jurídico, como es el negarle el derecho a la vida al individuo humano que se encuentra concebido y no nacido, fundándose precisamente “en que este no es persona para el mundo de las relaciones jurídicas”, en circunstancias de que, cuando el texto constitucional asegura el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, le reconoce un derecho al ser humano en su dimensión de ser yo y no otro; en constituir una existencia única, intransferible, no canjeable, irreductible a cualquier otra; es decir, utilizando las palabras de Recasens Siches (1991), le asegura la realidad de su propia vida, una perspectiva en el horizonte del mundo distinta de todas las otras perspectivas que son las de las demás vidas.

¹¹ En igual sentido Stammler (1930, p. 290).

Desde luego que, en esta decisión, tomada por muchas naciones, no concurre un concepto jurídico, sino cultural, pero es incorrecto que los órganos jurisdiccionales del Estado interpreten nuestros propios textos legales y constitucionales, tergiversando la noción de persona, para alcanzar metas propias de una agenda cultural compartida solo por una parte de la sociedad. Es por esto que todos los resultados obtenidos conforme a una interpretación del concepto de *persona* equivocado, deben ser desconocidos, porque se fundan en un error

de derecho, en el que se ha incurrido por dichos órganos jurisdiccionales, ya sea intencional o culpablemente, para negarle el derecho a la vida a un ser humano, sin tener que reunir las mayorías necesarias para modificar la Constitución Política y los tratados internacionales, debiendo advertirse que, la crítica contenida en estas palabras, es solo jurídica, porque este no es un trabajo sobre moral y su autor carece de la formación intelectual para formularla debidamente, aunque la conoce.

2. El análisis crítico de la sentencia del Tribunal Constitucional

2.1. Introducción

Hasta hace unos pocos años, bastaba con la disposición del artículo 55 del Código Civil, y muy pocos ponían en duda la conexión que existía entre seres humanos y derecho a la vida. Hoy en día, en cambio, la situación ha cambiado. Hay quienes son parte de una opinión según la cual la condición de los individuos concebidos y no nacidos no resulta claramente definida en materias jurídicas y morales, al punto de privarlos de la condición de tales, atendido el nivel de su gestación, su condición de salud y viabilidad posterior al nacimiento; o identificándolos simplemente como una parte del cuerpo de la madre que lo lleva en su vientre, por lo que se concluye que, como solo ella tiene derecho a decidir sobre su propio cuerpo, puede deshacerse de lo que involuntariamente contiene cualquiera sea esa cosa que crece y se alimenta de ella.

Dentro de estas posiciones, se destaca aquella según la cual la protección que la ley y la Constitución despliega sobre el individuo humano concebido y no nacido se incrementa en la medida que avanzan los meses de gestación al punto de que, sobre el interés de una mujer por deshacerse de la criatura que lleva en su vientre empieza a predominar el interés público de mantenerlo con vida en la medida en que avanzan los meses de gestación y el feto se hace compatible con la vida extrauterina independiente. Mientras en los primeros meses se considera una unidad, la madre y el feto, en las siguientes es considerado una dualidad. Según señala el fallo del Tribunal Constitucional Chileno, en este sentido se enmarcan las sentencias del Tribunal Constitucional alemán, esloveno¹² y portugués¹³.

¹² El Tribunal Constitucional de Eslovaquia, resolvió el año 2007 un conflicto de constitucionalidad presentado contra la ley de aborto dictada en 1986, en el que razonó que la “vida humana por nacer” constituye un “valor” constitucional, objeto de protección, pero de una intensidad menor que la protección otorgada a un “derecho” constitucional, lo que le permitió al Tribunal Constitucional adoptar un marco de equilibrio de derechos y valores, para establecer que finalmente el proyecto de aborto impugnado era constitucional. Véase artículo de Nicolás Godoy Fuentes en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/08/doctrina45687.pdf> [Fecha consulta 3 de septiembre de 2018].

¹³ El fallo portugués repite algunas consideraciones de fallos anteriores. Las dos principales son: (a) “En esta visión de las cosas, se reconocerá que el artículo 24 de la Constitución de la República, además de garantizar a todas las personas un derecho fundamental a la vida, subjetivado en cada individuo, integra también una dimensión objetiva, en la que se considera la protección de la vida humana intrauterina, que va a ser una verdadera imposición constitucional. Sin embargo, esta protección de la vida humana en gestación no tendrá que asumir el mismo grado de densificación ni las mismas modalidades que la protección del derecho a la vida individualmente subjetivado en cada ser humano ya nacido”; (b) “De la inviolabilidad de la vida humana como fórmula de tutela jurídica no deriva, desde luego, que la protección contra agresiones postule un derecho subjetivo del feto o que no sea de distinguir un derecho subjetivo a la vida de una protección objetiva de la vida intrauterina, como resultados de la jurisprudencia constitucional portuguesa y otros países europeos. El hecho de que el feto sea tutelado en nombre de la dignidad de la vida humana no significa que haya título idéntico al reconocido a partir del nacimiento”. Y luego de eso, sostiene que: “El Tribunal no ve motivo para revisar esta posición, que siempre ha estado perfilada. <https://dre.pt/pesquisa/-/search/2670436/details/maximized> [Fecha consulta, 16 de diciembre de 2018].

Dedicaremos dos párrafos al fallo del Tribunal Constitucional de Alemania de 28 de mayo de 1993¹⁴, no solo por su importancia, sino porque no es cierto que ésta sentencia se adscriba a la corriente de la protección incremental del embrión y feto, como lo asevera el Tribunal chileno. Esta corriente carece de la lógica más elemental y es por ello que difícilmente pudo haber sido digerida por el pensamiento jurídico alemán. En ninguna parte el fallo alemán se sostiene una afirmación ni parecida a lo que esta doctrina sostiene. Es más, el Tribunal se cuida muy bien de no decir nada en este sentido, fundamentalmente porque llevaría a conclusiones contradictorias con la mayoría de los principios que se dejan asentados en esa misma sentencia¹⁵. El Tribunal dijo: “Incluso a la vida humana no nacida se le otorga la dignidad humana. “El derecho a la vida no comienza primero con la aceptación del nonato por parte de la madre”¹⁶; “La terminación debe verse como fundamentalmente incorrecta durante toda la duración del embarazo y, por lo tanto, está prohibida por la ley.¹⁷”; “Los derechos constitucionales de la mujer no se extienden lo suficiente como para dejar de lado, en general, su obligación legal de llevar a término al niño, ni siquiera por un tiempo limitado. Las posiciones constitucionales de la mujer, sin embargo, sí significan que no imponer tal obligación legal en situaciones excepcionales es permisible, en algunos casos, tal vez incluso obligatorio. Depende de la legislatura determinar en detalle, según el criterio de no exactitud, lo que constituye una situación excepcional.¹⁸”; “La obligación del estado de proteger la vida humana también abarca la protección contra amenazas a la vida humana no nacida que surgen de influencias en la familia o del círculo social de la mujer embarazada, o de las condiciones de vida presentes y previsibles de la mujer y la familia, y contrarrestar la disposición para llevar al niño a término”¹⁹; “Además el mandato del estado para proteger la vida humana requiere que se conserve y reviva la conciencia

general del público sobre el derecho de los no nacidos a la protección”²⁰.

Como se puede observar, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 28 de mayo de 1993 reconoce expresamente la dignidad del concebido y no nacido, la protección de la vida intrauterina, lo que significa para el estado el establecimiento de dicha protección, y la ilegalidad de su destrucción. Solo muy sutilmente se desliza que la obligación de la mujer y de todos de llevar a término su embarazo puede ser dispensada atendidas las posiciones constitucionales de la mujer y en casos muy excepcionales, después de haber sido guiada en el discernimiento respecto a lo valioso de la vida que lleva en su vientre, además de imponerle al estado la obligación de “conservar y revivir la conciencia general del público sobre el derecho de los no nacidos a la protección”.

Otra de las posturas es la seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica* de 2012. En el considerando 186, dice lo siguiente:

No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la Concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es

¹⁴ Búsquese en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/fs19930528_2bvf000290en.html (fecha consulta, diciembre 16, 2018).

¹⁵ Reconocemos que, para muchos, la sentencia es contradictoria con haber fijado un plazo máximo de 22 semanas de vida del feto para abortar a la criatura, pero esto pudo haberse debido a otras consideraciones, por ejemplo, a que, según lo expresado frecuentemente en el ámbito científico, los fetos son capaces de sentir dolor desde la semana 26 en adelante.

¹⁶ Número 1 de sus notas principales.

¹⁷ Número 4 de sus notas principales.

¹⁸ Número 6 de sus notas principales.

¹⁹ Número 7 de sus notas principales.

²⁰ Número 10 de sus notas principales.

que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.

El trabajo que nos hemos propuesto es considerar y analizar el fallo del Tribunal Constitucional chileno de fecha 28 de Agosto de 2017, que resolvió sobre la *constitucionalidad* de la ley 21.030, formulando una buena cantidad de aseveraciones que serán criticadas a continuación nada más que con criterios jurídicos, pues, en opinión de este autor, carecen de todo fundamento y subvierten el contenido de las instituciones del derecho que hemos expuesto más arriba, con las consecuencias dañinas que ello conlleva.

2.2. La fórmula que usaremos para el análisis del fallo del Tribunal Constitucional

Para cumplir nuestro cometido, creemos que debemos preguntarnos dos cosas fundamentales y, a través de su respuesta, señalaremos qué es lo que dice la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional y las razones por las cuales el voto mayoritario incurre en los errores de derecho que expondremos. Las preguntas son las siguientes:

(i) ¿Es el producto de la concepción entre un hombre y una mujer *un individuo* de la especie humana?

(ii) Ya sea se concluya lo uno o lo otro, ¿por el hecho de que la ley priva al producto de la concepción de personalidad jurídica, lo priva también, y por tal motivo, del derecho a la vida?

Se debe advertir que estas preguntas, que son jurídicas propiamente tales, no surgen de ley N° 21.030 que despenalizó el aborto en tres causales, sino fundamental de los diversos considerandos de la sentencia del

Tribunal Constitucional de 28 de agosto de 2017, la que se pronunció sobre asuntos respecto de los cuales la ley no lo hace, suponiendo como veraces y ciertas desde el punto de vista jurídico, una serie de afirmaciones jurídicas cuya fundamentación no solo es equivocada sino que subversiva respecto de ciertos conceptos elementales de la ciencia del derecho, del Código Civil y de la propia Constitución Política del Estado, según se verá en los párrafos siguientes.

2.3. Sobre si el concebido y no nacido es un individuo de la especie humana

El considerando cuadragésimo²¹ de la sentencia, dice:

En un contexto donde el que está por nacer mantiene en el vientre materno una existencia común con la madre, sin vida individual ni autónoma, constituyendo una existencia condicionada al nacimiento y a la sobrevivencia un momento siquiera, parece necesaria y razonable la diferenciación entre una persona y un nasciturus, entre un sujeto jurídico pleno de derechos y deberes y un sujeto que es aún una expectativa de persona, una vida en ciernes, sin duda objeto de valoración por el derecho que lo protege durante el desarrollo gestacional.

El Tribunal Constitucional dice en primer lugar, “que el feto no tiene vida individual y autónoma”, y lo dice desde el punto de vista del derecho, es decir, que, para el orden jurídico chileno, esa criatura no es tal, porque su vida no es “individual” ni “autónoma”. Si su vida no es individual, entonces no es un individuo, y al no serlo, no pertenece a ninguna especie. Pero la condición no individual del cigoto, del embrión o del feto es, por cierto, una afirmación científicamente falsa²², siendo, además, en este caso, una falsedad que produce efectos jurídicos, si es que no se distingue entre lo que esa frase tiene de derecho y lo que ella contiene de pura frivolidad. En efecto, según la ciencia, desde el momento mismo de la concepción, el cigoto es un individuo distinto a la madre, porque el

²¹ Último párrafo del considerando Cuadragésimo de la sentencia.

²² Los conocimientos actuales de biología molecular concluyen que el genoma único e irrepetible que está presente en el momento de la concepción, es el mismo que encontramos en cada una de las células del embrión, del feto, del niño, del joven, del adulto y del anciano. Si en el transcurso de la vida hay enfermedades, mala nutrición, accidentes o cualquier otro percance, el genoma humano permanece exactamente igual.

número diploide de cromosomas es restaurado, lo que da a lugar a un ser humano nuevo, con cuarenta y seis cromosomas, esto es, un embrión humano, un miembro individual de la especie humana, genéticamente diferente a su madre y a su padre. En consecuencia, siendo dicha afirmación una falsedad, no tiene ni puede tener efectos jurídicos, no puede usarse como precedente para ser citado en ninguna resolución de tribunal alguno que pretenda fundarse en dicha frase para resolver lo que haya de resolverse, ni tampoco como argumento de autoridad, porque el Tribunal Constitucional carece de autoridad en materias científicas, por lo que debemos calificar dicha afirmación como insustancial y veleidosa.

Querriamos entender que esa calificación contenida en el fallo de mayoría, de carecer el embrión o feto de vida individual, pudiera tener un sentido distinto al expuesto, entendiendo que lo que quiere decirse con la expresión “vida individual”, no es más que una vida que es dependiente de la madre. Sin embargo, no podemos ser ciegos o ingenuos en esta materia. No parece que ese haya sido el sentido de dicha expresión, porque la no dependencia de la madre se explica con el término “autónoma” que se utiliza en seguida, siendo este término usado no como complementario del primero (vida individual) sino como principal, es decir, distinto a lo que debe entenderse por individual. Además, el fallo señala que el feto mantiene una existencia *sin vida individual ni autónoma*, donde la expresión “ni” constituye una conjunción copulativa, esto es, que es una conjunción coordinante que forma conjuntos *cuyos elementos se suman*, lo que significa que con la conjunción “ni” se separa lo que es individual de lo que es autónomo. Entonces, parece ser que lo que quiere decirse con esa expresión, es que el feto no es un individuo propiamente tal. Si no fuere así, estaríamos encantados de que se nos desmintiera y se expresara con claridad que con esa expresión no se quiso negar la calidad de individuo a la criatura que se encuentra en el vientre materno.

En seguida se dice que el feto *no tiene vida autónoma*, lo cual es cierto, porque depende de la madre, pero no es un fundamento para sacar conclusiones jurídicas, porque no hay nada de derecho que se pueda extraer de tal afirmación. Por la misma razón se podría negar la

calidad de seres humanos a los enfermos que necesitan de soporte vital, lo cual, creemos, no es lo que el sistema legal chileno establece.

Dice en tercer lugar, que el cigoto, el embrión o el feto tiene una existencia *condicionada al nacimiento*, lo cual significa, desde el punto de vista jurídico, que dicha existencia no se ha generado todavía hasta que se cumpla con una condición (suspensiva en este caso) de que nazca y sobreviva un instante siquiera a la separación de su madre, lo que, por una parte, significa, de nuevo, negarle su calidad de individuo, con las consecuencias ya expuestas, y por otro lado, fundamentar la inexistencia del ser en su falta de personalidad jurídica; o, en el segundo caso, que existe aunque no sea persona, pero bajo la condición de que nazca (resolutoria de la existencia). Como se puede apreciar, tal frase usada por el voto de mayoría, es una elaboración incomprensible desde el punto de vista jurídico, porque esto mismo se puede decir de toda vida humana, sea o no sea persona, porque todos los seres humanos tienen una existencia condicionada a la muerte (si la criatura no nace o no sobrevive un instante siquiera a la separación, es porque ha muerto), por lo que, aplicando semejante afirmación como fundamento, como que lo es para la sentencia del Tribunal Constitucional, se podría también sostener que, como toda existencia humana es condicional a la muerte, ninguna vida humana individual tiene mucho valor, siendo más importante, entonces, la nación, la raza, la especie, el bienestar social, la salud pública y cualquier otra cosa que suene políticamente correcta en el momento, cuestión esta que es la base de todos los totalitarismos.

Dicha frase es ciertamente desafortunada, pero no porque haya sido un error cuyas consecuencias no fueron previstas, sino porque se persigue conscientemente relativizar la existencia biológica del cigoto, del embrión y del feto, cuestión que la Constitución no hace porque ordena proteger la vida del que está por nacer; y es por esto, que el voto de mayoría del Tribunal Constitucional es antijurídico.

No es razonable ni apropiada la diferenciación que hace en la sentencia entre “persona” y expectativa de vida. La sentencia dice en cuarto lugar que, “parece

necesaria y razonable la diferenciación entre una persona y un *nasciturus*, entre un sujeto jurídico pleno de derechos y deberes y un sujeto que es aún una expectativa de persona, una vida en ciernes...”. Esto significa sostener que es correcto, desde el punto de vista jurídico se entiende, distinguir entre un ser humano concebido y no nacido y un ser humano nacido, entre un sujeto jurídico pleno de derechos y una expectativa de persona o una vida en ciernes, argumento este último que, en lógica informal, constituye una falacia circular, porque lo que se trata de resolver es precisamente si la criatura tiene o no tiene derechos, cuestión en la cual, obviamente, no debería intervenir como criterio decisivo o acumulativo, el hecho de que los tenga o no los tenga por no ser persona.

En consecuencia, en este considerando, el voto de mayoría de la sentencia del Tribunal Constitucional le niega el carácter de individuo humano al ser concebido y no nacido, producto de razonamientos o fundamentos que se han demostrado que son falsos (falta de vida individual), insuficientes (falta de vida autónoma) y lógica y jurídicamente mal contruidos (vida condicionada al nacimiento). Y de esto queremos dejar constancia en este trabajo.

2.4. Sobre si el concebido y no nacido es solo un “bien jurídico de mucha importancia para la Constitución”

El primer párrafo del considerando septuagésimo octavo dice:

Que el que está por nacer es un bien jurídico, de mucha importancia para la Constitución. Por eso se refiere a él y le encarga al legislador su resguardo.

La reducción de la existencia del feto a un mero bien jurídico protegido provoca que este carezca de dignidad intrínseca, y por consiguiente, de valor. A ningún “bien jurídico” puede atribuírsele dignidad alguna. La existencia de vida humana intrauterina no es un bien jurídico protegido, es un individuo perteneciente a la especie humana. Tiene razón Rafael Domingo (1993, p. 278), cuando afirma que “llevada hasta sus últimas consecuencias, la teoría del bien jurídico acaba con la más tradicional división del derecho en “personas” y

“cosas”, pues, en el ámbito penal, incluso la persona en cuanto tal es reducida a bien, es decir, a cosa, y puede ella misma entrar en conflicto de otros bienes. En efecto, como están tan íntimamente unidos el concepto de vida humana y el de hombre, de suerte que sin uno no existe el otro, al convertir la vida en un bien jurídico se acaba convirtiendo también el mismo hombre en un bien, incorporado al campo penal en pie de igualdad con los demás bienes”.

Sobre este particular, Hernán Corral (2018, p. 286) ha sostenido que si bien el Tribunal Constitucional no le confiere al *nasciturus* el estatuto de persona, ni un derecho a la vida propiamente tal, advierte “que uno de los seis ministros que adhirieron al voto de mayoría, el ministro Domingo Hernández, hizo prevención de que no compartía esa conclusión y estimaba que el concebido no era solo un bien o interés, sino un ser humano distinto de la madre y con titularidad de derechos fundamentales, entre ellos el de la vida”. Y que, por lo tanto, este voto debe unirse al disidente de cuatro ministros “que afirma con variados argumentos la tesis de la personalidad jurídica del embrión humano”, lo que produce en esta materia un empate de cinco votos contra cinco, no debiendo considerarse que en este punto hubo pronunciamiento del Tribunal Constitucional y que, por lo mismo, se mantenía el anterior pronunciamiento de la sentencia de 18 de abril de 2008 (rol N° 740-2007), que claramente afirmó la personalidad del ser humano concebido y no nacido.

Ahora bien, es cierto que, en muchos considerandos del fallo, el Tribunal Constitucional reconoce que la ley protege la vida del que está por nacer, pero, al final, termina por concluir que proteger la vida no es lo mismo que tener un derecho a ella. En el considerando cuadragésimo sexto se señala:

la Constitución manda a la ley proteger. Lo primero que cabe señalar es que la Constitución marca una diferencia en su regulación con lo establecido en el inciso primero. Mientras ahí establece ‘el derecho a la vida y a la integridad psíquica y física de la persona’, utilizó aquí un lenguaje distinto. Desde luego, porque no habló de derechos; encarga a la ley proteger.

Pero este argumento vuelve a chocar con principios elementales de la ciencia jurídica, porque desconoce que cuando la ley protege algo, surge el derecho a tal protección; y si se manda proteger la vida de un individuo, es porque se tiene el derecho a que la vida le sea protegida. No queremos aquí extendernos en la teoría general de los derechos objetivos y subjetivos, solo pretendemos decir que, dada la forma como opera actualmente nuestro sistema legal, todo derecho subjetivo nace del derecho objetivo y que este “impone deberes de protección de los intereses humanos, y como reflejo surge en aquellos en cuyo favor son dictadas las normas, el poder de constreñir en favor propio al cumplimiento de éstas” (Ferrara, 1943, pp. 329). “La norma se impone a todos y exige coactivamente la observancia de sus mandatos. Por esto el derecho prescinde, aun cuando su supuesto sea normal, de la voluntad o conciencia del destinatario del precepto, porque la función del derecho es regular relaciones sociales, no hacer tentativas de motivación” (Ferrara, 1943, pp. 330).

Para nosotros, el concebido es titular del derecho a la vida aunque no sea persona, porque es un ser humano individual, distinto a su madre, irreplicable, que es intrínsecamente digno. Además, como lo hemos dicho, consideramos que la personalidad jurídica no es un requisito necesario y suficiente para ser titular de derechos. Ser persona solo le permite tener y mantener relaciones jurídicas, creando, modificando o extinguiendo derechos subjetivos.

2.5. La elaboración de un concepto de persona o personalidad jurídica equivocado

El segundo párrafo del considerando septuagésimo octavo, agrega:

El que está por nacer no necesita del estatuto de persona ni distorsionar todo el resto del sistema constitucional y legal, para recibir protección. La Constitución lo relevó de aquello. No hay ninguna entidad que en nuestro sistema jurídico tenga esta posibilidad.

Antes de empezar, permítasenos una pequeña ironía: la sentencia afirma que “él está por nacer no necesita del estatuto de persona”. Pues bien, en nuestra opinión, atendido los argumentos del Tribunal Constitucional, parece que sí lo necesita, porque es en esta materia donde se juega literalmente *su propia vida*.

La sentencia ya había sostenido que parecía razonable hacer una diferencia entre persona y *nasciturus*²³, pero es a partir de este considerando donde se empieza a elaborar una suerte de *doctrina*, construida al margen de nuestro sistema legal, en la que se otorga al concepto de *persona* una connotación jurídica que nunca ha tenido en la ciencia del derecho, por mucho que el Tribunal se haya esforzado en aclarar que lo que pretende es desentrañar el *concepto de persona para la Constitución*, al cual le destina, seguramente para elaborarlo, 17 considerandos, reunidos todos en un capítulo especial del fallo, que lleva el N° IX y se titula “el concepto de persona en la constitución”.

Pero se debe decir que no existe un concepto especial de *persona* en la Constitución, así como tampoco puede decirse que exista un *estatuto de la persona* como afirma el considerando; y desde luego, finalmente, tampoco se puede decir que ese concepto de persona haya terminado siendo no ya siquiera esbozado, ni menos elaborado por el Tribunal Constitucional, sino que ha sido totalmente destruido como categoría jurídica que pueda de alguna manera formar parte de la ciencia del derecho.

(i) Partamos con decir que la ley no considera al concebido y no nacido como persona, no porque no sea un individuo de la especie humana, sino porque desde el punto de vista del derecho, *carece de la facultad natural de influir en el mundo jurídico, creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas*. La razón de ser de la *personalidad jurídica* obedece a la necesidad de regular dichas relaciones. La personalidad jurídica es creada por el orden jurídico como una categoría que permite regular adecuadamente las relaciones de conducta, ya sean que intervengan en ellas individuos físicos o

²³ Considerando Cuadragésimo.

individuos asociados en una comunidad de intereses y fines, operando de esta manera la *personalidad jurídica* de la misma forma en los hombres de carne y hueso como en las entidades morales, esto es, *representando la personalidad jurídica, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por las normas jurídicas.*

Es por esto que, en los casos de seres humanos concebidos y no nacidos, el concepto de *personalidad jurídica* no resulta apropiado, porque no se le puede imputar a esa entidad ontológica *las acciones u omisiones que regulan las normas jurídicas*, porque ella ni siquiera puede influir con sus acciones u omisiones en el mundo jurídico; y es en consideración a ello que la ley no ha visto necesario otorgarles personalidad jurídica.

(ii) Pero se debe advertir que la personalidad jurídica no ha sido construida para que sea el presupuesto necesario y suficiente de la titularidad de todo derecho objetivo o subjetivo, menos aun cuando se trata de derechos extrapatrimoniales, como lo es el derecho a la vida, pues este derecho se le reconoce a la persona, entendida como esa dimensión del “yo”, que existe como unidad intrínseca, intransferible, no canjeable, irreductible a cualquier otra (véase & 2) y no como aquella que se expresa propiamente con el término *personalidad jurídica*, que concibe a la persona en una dimensión colectiva y esquemática que se expresa en el mundo de las *relaciones jurídicas*, entendiéndose el yo en su relación no ya consigo mismo como conciencia propia de ser, sino como lo que se individualiza esquemáticamente en relación con los otros o lo otro.

La personalidad jurídica propiamente tal, entiende a la persona en el mundo de las *relaciones jurídicas* siendo un concepto elaborado por el derecho para permitir a las asociaciones humanas o a los patrimonios destinados por el hombre a cumplir ciertos fines, actuar como una unidad abstracta, independiente de su sustrato personal, y a quien pueda entonces referírseles *las acciones y omisiones reguladas por las normas jurídicas* (Kelsen, 1960, p. 72; 1965, p. 87). La personalidad jurídica es una construcción del derecho que se aplica por igual a los seres humanos como a las entidades morales.

Pero el hombre de carne y hueso nunca ha necesitado de la *personalidad jurídica* para ser titular de derechos patrimoniales o extrapatrimoniales. Por el contrario, los que necesitaban de ella eran las asociaciones humanas, porque no eran una unidad al estar compuesta por muchos, o, en el caso de los patrimonios, porque ellos necesitan de una construcción jurídica que permita legalmente sostener que ciertos bienes (presentes y futuros) están adscritos al pago de ciertas obligaciones (presentes y futuras), lo que hace que se constituyan en una entidad. Entonces, para igualar a unos y otros en materia de *relaciones jurídicas* entre ellos, el orden jurídico los denominó a unos y otros como “*personas*” o, mejor dicho, como entidades que gozan de *personalidad jurídica*. Pero el hombre no necesita de esa personalidad jurídica para ostentar la titularidad de derechos patrimoniales o extrapatrimoniales. Prueba de ello es que la ley no define a las personas naturales como “un ser” capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representados judicial y extrajudicialmente, como lo hace en el caso de las personas jurídicas el artículo 545 del Código Civil. Es más, *el orden jurídico chileno no define de manera alguna y en ninguna parte a las personas naturales, sino que se limita a señalar que el hombre es persona, y punto.* Cuando dice esto, dice que el hombre tiene *personalidad jurídica*, es decir, una entidad capaz de intervenir en las *relaciones jurídicas*. En realidad, el hombre es, para el derecho, el único titular de derechos patrimoniales y extrapatrimoniales. Todo lo demás es pura construcción del sistema legal a fin de regular las *relaciones jurídicas*, porque no puede haber *relación jurídica* propiamente tal entre entidades de diferente naturaleza. Y es por esto que le atribuye *personalidad jurídica* al hombre, para igualarlo a las personas jurídicas en el plano de esas *relaciones jurídicas*; pero nunca se ha planteado tan despreocupadamente en la ciencia del derecho, que sea la *personalidad jurídica* lo que habilite al hombre para ser titular de derechos fundamentales, sino que es titular de derechos fundamentales, porque, como persona entendida en su primera dimensión, es expresión del “yo”, de que existe como unidad intrínseca, intransferible, no canjeable e irreductible. Lo que ha hecho el Tribunal Constitucional es extraño para la ciencia del derecho, y sostenerlo es como decir que, en el caso de la persona que mata a otro, la pena que se le impone no

se le impone al homicida, sino a su personalidad jurídica, siendo ella la que debe ir a prisión. ¿Parece raro, no? Bueno, es lo que sostiene el Tribunal Constitucional, porque le atribuye a la *personalidad jurídica* del hombre la facultad de adquirir derechos, lo que sería como decir que no es el hombre el que goza y usa de su propiedad, sino que es su personalidad jurídica.

En resumen, la personalidad no es el supuesto necesario para ser *sujeto de derechos*; el único sujeto de derechos es el hombre y lo es desde el momento de su precisa concepción; el concepto de personalidad se concibió para que las “personas” pudieran mantener *relaciones jurídicas*, lo que significó igualar en este concepto a ciertas entidades ficticias que son asociaciones humanas y patrimonios que cumplen los requisitos que la ley señala, con los hombres de carne y hueso; el concepto de *persona* tiene sentido para el hombre en cuanto puede tener *relaciones jurídicas*, pero carece de sentido cuando la ley o la Constitución intentan reconocerle derechos al individuo humano que protegen su propia integridad, desde la concepción, pues esos derechos los tiene en tanto cuanto es hombre y no porque sea “persona”. Si fuera así, se dejaría a la voluntad de cualquier constituyente la determinación de si un individuo humano goza de tales derechos, negándole o concediéndole personalidad jurídica a su antojo.

(iii) Por otro lado, ¿alguien puede creer que los derechos fundamentales que nuestra Constitución le reconoce al hombre, en realidad se elaboraron para proteger su personalidad jurídica?

Pues para el Tribunal Constitucional, la respuesta es que sí. Esto se comprueba cuando dice: “Que uno de los efectos más importantes de atribuir a alguien su condición de persona para efectos constitucionales, es que sólo estas tienen derecho”²⁴.

La equivocación que subyace en esta afirmación conduciría a concluir que los derechos fundamentales protegen a los hombres no porque sean hombres sino

porque son personas, lo que otorga al concepto de persona y personalidad la condición necesaria para ser titular de derechos objetivos y subjetivos, circunstancia que se ha demostrado como falsa. La personalidad, como concepto en el derecho es un requisito necesario para tener y mantener relaciones jurídicas, lo que ciertamente supone la adquisición de derechos, pero la personalidad no le otorga a los hombres de carne y hueso la posibilidad de adquirir derechos, que la tienen por ser humanos, sino que se las entrega a las personas jurídicas, que no la tienen naturalmente, porque no son seres humanos. Es por eso que el art. 545 del Código civil define a la persona jurídica como aquella “persona ficticia, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. Por eso, también, el referido cuerpo legal no define a la persona natural de la misma forma. No dice que las personas naturales sean capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones, etc, sino que las define indicando quiénes son. El art. 55 del Código civil expresa que “son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe y condición”. Es decir, a las personas jurídicas las define por una función o capacidad que la ley les otorga. En cambio, a las personas naturales las define describiendo quiénes son. ¿Acaso no se nota la diferencia de tratamiento que existe? ¿Acaso no se vislumbran las consecuencias que la diferencia trae consigo? ¿Acaso no resulta evidente que no se puede definir a las personas naturales como a las personas jurídicas, porque a aquellas no se les entrega con la personalidad algo que ya traían desde antes?

O cuando dice: “Es decir, los derechos que los órganos del Estado deben respetar y promover son los que están garantizados en ambos textos. No aquellos que emanan únicamente “de la naturaleza humana”²⁵.

Esta aseveración es doblemente grave, primero, porque los derechos fundamentales que se garantizan solo son los que se le reconocen a la personalidad jurídica, lo que es de suyo falso, tal como lo hemos afirmado anteriormente; y, segundo, porque declara que

²⁴ Considerando Sexagesimosexto.

²⁵ Considerando Septuagésimocuarto, párrafo 2.

los derechos que los órganos del Estado deben garantizar son únicamente los consagrados en la Constitución y no aquellos que emanan de la naturaleza del hombre. Y si esto no fuera cierto, ¿de dónde saca la Constitución los derechos fundamentales sino de la naturaleza del hombre? ¿O es que se los han inventado unos cuantos iluminados? Claro, se podrá sostener que esto no tiene mucha relevancia, porque la Constitución actual los consagra todos, cuestión respecto de la cual no nos pronunciaremos; pero la gravedad de esta aseveración de la sentencia se puede observar con mejor perspectiva si se piensa la implicancia que esta tendría si una mayoría transitoria o circunstancial eliminare de nuestra Constitución algunos de los derechos fundamentales que hoy garantiza.

O cuando dice: “Además, el problema es que el propio Código dice más adelante, en el ya indicado artículo 74, que la existencia legal de toda persona principia al nacer. Y el nasciturus, por definición, está en el vientre materno; aún no nace”²⁶.

Lo que significa sostener que lo que la Constitución protege con derechos es a la existencia legal de los seres humanos, o sea, a su personalidad jurídica, y no propiamente la existencia natural de todos los seres pertenecientes a la especie humana. Que la existencia legal de toda persona principie al nacer no es un problema. El problema es lo que el Tribunal Constitucional pretende deducir de ello. Deducir que, como no tiene existencia legal, el ser humano no nacido carece de derechos, porque solo tiene existencia natural. ¿No es esto un absurdo? Utiliza el concepto de persona, que parece ser lo que entiende de esto que es tener existencia legal, para justificar que un individuo de la especie humana se le prive de la dignidad intrínseca. Insistimos, la personalidad jurídica no es un requisito necesario para tener derechos sino para mantener *relaciones jurídicas*, como se ha explicado.

O cuando dice: “El no nacido no tiene las condiciones habilitantes para que se le reconozca su condición de

persona y titular de derechos”²⁷.

Lo que equivale a sostener que la categoría de *persona* elaborada por la Constitución no fue diseñada para proteger al individuo humano sino a su personalidad jurídica, en circunstancias que la personalidad jurídica de la que carece el concebido y no nacido, no le fue concedida para que no tuviera derechos, sino porque no podía ser sujeto de *relaciones jurídicas*, esto es, porque no puede intervenir en el plano de las *relaciones jurídicas*. Además ¿cuáles son esas cualidades habilitantes para ser titular de derechos? ¿Acaso el Tribunal Constitucional puede tener el poder de determinarlas? Ciertamente no tiene ese poder. En rigor de verdad, no lo tiene nadie. Ni siquiera lo tiene la nación toda.

(iv) Finalmente, lo que puede desconcertar a cualquier abogado, atendida la inconsecuencia y la impropiedad de sus términos, es la frase con la que culmina el considerando septuagésimo séptimo, que dice: “la forma correcta de interpretar la Constitución no es alterar una interpretación sistemática ni subordinar el resto de los conceptos constitucionales para dar cabida al nasciturus forzando su incorporación en categorías conceptuales no diseñadas para él”²⁸.

En realidad, lo que altera una interpretación sistemática de la Constitución, es considerar que los derechos fundamentales fueron concebidos no para proteger al individuo humano sino a una elaboración de la ciencia jurídica denominada “personalidad jurídica”, atribuyéndole a este concepto un alcance que claramente la misma ciencia del derecho no le ha dado, con el objeto de forzar a esta categoría jurídica para generar efectos distintos a aquellos para los cuales fue diseñada. Nunca debemos olvidar que la personalidad jurídica no fue creada para el hombre, sino para las asociaciones humanas y para los patrimonios destinados a un fin altruista, a fin de que pudieran tener y mantener *relaciones jurídicas* con el hombre y con otras entidades abstractas, para lo cual se dotó a estas de personalidad. En la elaboración y evolución del derecho durante toda la historia humana,

²⁶ Considerando Septuagesimoquinto, párrafo quinto

²⁷ Considerando Septuagesimoséptimo, párrafo penúltimo.

²⁸ Considerando septuagesimoséptimo, último párrafo.

el hombre tenía derechos y obligaciones mucho antes de que surgiera la idea de la personalidad jurídica, la que nació fundamentalmente para otorgar a las ciudades la capacidad de adquirir derechos y obligaciones.

2.6. La fórmula usada por el Tribunal Constitucional para desbaratar la constancia dejada por el Congreso cuando se modificó el art. 1.º de la Constitución Política

2.6.1. La constancia dejada por el Congreso

Con ocasión del debate en Sala de la reforma constitucional que pretendía establecer la igualdad jurídica entre hombres y mujeres y por la cual se sustituía en el inciso primero del artículo 1.º de la Constitución, la expresión “Los hombres” por “Las personas”, y agregaba, al final del párrafo primero del número 2.º del art. 19 de dicho texto, la oración “Hombres y mujeres son iguales ante la ley”, se aprobó dejar constancia por parte de los constituyentes que “el *nasciturus*, desde la concepción, es persona en el sentido constitucional del término, y por ende, es titular del derecho a la vida”²⁹, cuestión que es muy relevante para demostrar su intención de que no se quería cambiar con esa modificación lo que la Constitución establecía, según el propio constituyente, respecto a que el *nasciturus* es un verdadero titular del derecho a la vida.

Para nosotros, resulta evidente que esta constancia que dejó el constituyente es de la mayor importancia al momento de determinar si nuestra Constitución Política reconoce el derecho a la vida de que es titular el individuo humano concebido y no nacido.

2.6.2. La reacción del Tribunal Constitucional ante dicha constancia

El voto de mayoría de la sentencia del Tribunal Constitucional, pretendió restarle toda autoridad y efecto a esta *constancia* que dejó el Congreso, porque sostuvo

que ese alcance que hacía el constituyente “no era parte del texto constitucional”³⁰; que podía “ser considerado un elemento de interpretación, siempre que no sea contrario a otros preceptos o al propio texto de la Constitución”³¹; “que no podía ser una ley interpretativa del propio texto que se está incorporando a la Constitución”³²; que “estas leyes son expresas y tienen un quórum especial de aprobación (artículo 66)”³³; que “la Constitución solo se puede interpretar oficialmente a través de este tipo de leyes. Pero requieren dos requisitos importantes. Un quórum especial (artículo 66) y deben ser objeto del control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional (artículo 93 N°1)”³⁴; y que “dicha constancia no siguió ese procedimiento”; que “la constancia no buscó interpretar el artículo 1º que se modificaba, sino el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución”; que “buscaba entonces, fijar el sentido y alcance de otro precepto constitucional al que se modificaba (el artículo 1 inciso primero de la Constitución); y que “eso excede su ámbito”³⁵; que “la Ley N° 19.611 tuvo dos modificaciones. Por una parte, reemplazar la expresión “los hombres”, por “las personas”. Por la otra, incorporar la igualdad entre hombres y mujeres. Esto último tiene particular relevancia en la controversia que se analiza, toda vez que la médula de la discusión es si la mujer es o no un sujeto de derecho suficiente para autorizar interrumpir el embarazo”; y que por ello —dice el fallo— “el alcance que se formuló en la Sala tergiversa ese propósito, pues limita su autonomía frente al *nasciturus*”³⁶.

2.6.3 El fracaso de los argumentos del Tribunal para desbaratar la constancia

Esta última declaración del voto de mayoría es extraña. ¿Cómo puede un Tribunal Constitucional, sin dejar de ser coherente, decirle al Congreso Nacional que las *constancias* que decide dejar establecidas dicha Magistratura en la discusión de una ley, tergiversan su propósito, cuando es el propio Congreso el que

²⁹ Véase considerando Septuagésimo, segundo del fallo.

³⁰ Considerando Septuagésimo Párrafo segundo.

³¹ Considerando Septuagésimo Párrafo segundo.

³² Considerando Septuagésimo. Párrafo tercero.

³³ Considerando Septuagésimo. Párrafo tercero.

³⁴ Considerando Septuagésimo. Párrafo tercero.

³⁵ Considerando Septuagésimo. Párrafo quinto.

³⁶ Considerando Septuagésimo. Párrafos sexto, séptimo y octavo.

aprobó dicha ley? Es como decirle a dicha Magistratura que tergiversa su propia voluntad. Por otro lado, debe decirse que tal tergiversación es inexistente. Lo que pretendía esa ley era procurar la igualdad entre hombres y mujeres y no se ve cómo tal *constancia* dejada por el Congreso pueda tergiversar ese propósito, cuando lo que se perseguía era solo dejar constancia del derecho a la vida que tenía el concebido y no nacido, dado que, al cambiarse la expresión “los hombres” por “las personas”, era evidente que podía pensarse que, como el concebido y no nacido no es persona, la modificación constitucional pretendía privarlo de un derecho que la constitución establecía y que podía dejar de considerarse establecido por ella, si no se dejaba esa *constancia*. Antes bien, y por el contrario, lo que pretendió hacerse con dicha *constancia* es precisamente no tergiversar la modificación constitucional, impidiéndose con tal *constancia* que se diga, como se dice ahora en la sentencia del Tribunal Constitucional, que, como los derechos solo los pueden tener las personas, el *nasciturus*, que no es persona, no puede tener derecho alguno, incluyendo el derecho a la vida. En realidad, lo que hace el voto de mayoría en este considerando es desbaratar la *constancia* dejada por el Congreso, acusándola de algo que, en rigor de verdad, la *constancia* no hace. Esto no es propio, ni está a la altura de un Tribunal Constitucional.

Pero para el voto de mayoría del Tribunal Constitucional, desbaratar la *constancia* dejada por el Congreso era esencial. Y lo era porque demostraba cuál era la verdadera intención del constituyente respecto al derecho a la vida del concebido y no nacido, porque esa es la regla que permite determinar el correcto sentido y el alcance de una norma jurídica, por mucho que se diga por algunos que la interpretación de la Carta Fundamental no se

hace conforme a las reglas de interpretación de la ley establecidas en el Código Civil.

Por eso el voto de mayoría se apresura a sostener que la sobredicha *constancia* que dejaba el constituyente, “no era parte del texto constitucional” y que “no podía ser una ley interpretativa del propio texto que se está incorporando a la Constitución”. Ambas cuestiones resultan evidentemente ciertas, solo que ninguna de ellas va destinada a contradecir que la constancia del Congreso demostraba cuál era la intención del constituyente respecto al derecho a la vida del *nasciturus*, cuestión que era la esencia misma de lo que debía sopesarse y considerarse por parte de dicho Tribunal. Este análisis evitó hacerlo conscientemente, porque recurrió al ya conocido expediente de construir o simplemente asumir ciertos argumentos que no son verdaderos, para después derribarlos con el objeto de sostener que esa *constancia* carece de valor, en circunstancias que su valor es que demostraba la intención del constituyente, cuestión imprescindible en materia de interpretación de toda norma jurídica.

Es cierto que el voto de mayoría señala en el considerando en comentario, que la *constancia* del Congreso podía “ser considerado un elemento de interpretación, siempre que no sea contrario a otros preceptos o al propio texto de la Constitución”, pero no desarrolla las razones o fundamentos de por qué esa *constancia*, o la interpretación que se extrae de ella, sería contraria a otros preceptos o al propio texto constitucional. Lo que hace, en su reemplazo, es acusar a la *constancia* de tergiversar el propósito de la ley que ella misma aprueba, tergiversación que se ha demostrado que es falsa.

Conclusiones

De todo lo anterior, se debe deducir que, muy por el contrario a lo sostenido por el voto de mayoría del Tribunal Constitucional:

a. El concebido y no nacido es un individuo de la especie humana.

b. Cuando la Constitución alude a la persona para asegurarle el derecho a la vida, alude a su sustrato, que es el individuo humano, cualquiera que fuere su condición, incluyendo al cigoto, al embrión o al feto.

c. Aunque se haya despenalizado el aborto en tres causales, el concebido y no nacido sigue gozando del derecho a la vida, del derecho a su integridad física y psíquica, a su intimidad genética, etc., todo lo cual la ley 21.030 no desconoce.

d. Que solo por falta de disciplina y destreza en el manejo de los conceptos jurídicos, el voto de mayoría

del Tribunal Constitucional le ha negado tal derecho a la vida, cosa que no era necesaria para despenalizar el aborto en tres causales. La constitucionalidad de la ley podría haberse fundado en la presencia de una colisión de derechos, porque la madre también ostenta la misma dignidad intrínseca de todo ser humano. Con ello, por lo menos, se mantiene la coherencia del orden jurídico, impidiendo la subversión de algunos conceptos elementales de la ciencia del derecho. Este fue el camino elegido por el Tribunal Constitucional alemán.

e. Por tales razones, el concebido no es un “bien jurídico protegido”, como lo ha calificado el voto de mayoría, sino que es un ser humano individual, distinto a su madre, en formación, un ser digno, que es un fin en sí mismo, y sobre el cual gravita un destino.

Referencias

- Alfonso X el Sabio (1807). *Las siete partidas del Rey Don Alfonso el Sabio III: Partida Cuarta, Quinta, Sexta y Septima* (cotejadas con varios códigos antiguos por la Real Academia de la Historia). Madrid: Imprenta Real. Recuperado de http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/las-siete-partidas-del-rey-don-alfonso-el-sabio-cotejadas-con-varios-codices-antiguos-por-la-real-academia-de-la-historia-tomo-3-partida-quarta-quinta-sexta-y-septima--0/html/01fb8a30-82b2-11df-acc7-002185ce6064_6.htm [Fecha de consulta 23 de octubre de 2018].
- Corral Talciani, H. (2005). El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida. *Revista Ius et Praxis*, 11(1), 37–53. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100003. dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000100003 [Fecha de consulta 23 de octubre de 2018].
- Corral Talciani, H. (2018). *Curso de Derecho Civil: Parte General*. Santiago, Chile: Editorial Thomson Reuters.
- Domingo, Rafael: “El aborto y el Tribunal Constitucional alemán. Observaciones sobre la sentencia de 28 de mayo de 1993, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 21 N° 2, pp. 273-281.
- Enneccerus, L. Kipp, T. & Wolff, M. (1948). *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: Editorial Bosch.
- Ferrara F. (1943). *Teoría de la persona jurídica*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Hernández Gil, A. (1959). En Pascual Quintana, J. M. *En torno al concepto de Derecho Civil* (Prólogo). Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Kelsen H. (1965). *Teoría general del Estado*. México: Editora Nacional.
- Legaz Lacambra, L. (1943). *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Editorial Bosch.

Orgaz, A. (1946). *Personas individuales*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
Radbruch G. (1959). *Filosofía del derecho* (4ta.ed.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
Recasens Siches, L. (1991). *Tratado general de filosofía del derecho* (10ª ed.). México: Editorial Porrúa S.A.
Savigny, F. C. (1872). *Sistemas de Derecho Romano Actual*. Madrid: F. Góngora.
Stammler R. (2008). *Tratado de Filosofía del Derecho*. Madrid. Editorial Reus S. A.

Código Civil de la República Argentina de 1871

Código Civil Español.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso denominado Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, de 2012. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf [fecha consulta, 3 de septiembre de 2018).

Tribunal Constitucional de Alemania. BverfGE 88, 203. Sentencia de 28 de mayo de 1993.

Tribunal Constitucional Portugal. Sentencia N° 75/2010, 11.4.8.

Corte Constitucional, República Eslovaca, PL. ÚS 12/01. Sentencia de 4 de diciembre de 2007.