



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Privado

Derecho Civil I  
Introducción al Derecho Privado  
Profesores:  
Aldo Molinari Valdés  
Isaac Stevens Muñoz

## Materiales de Lectura N°2

1. Gonzalo Figueroa Yáñez. *Los animales ¿en trayecto desde el estado de cosa hasta el estado de persona?* (2006).
2. Aída Kemelmajer Carlucci. *Categoría jurídica “sujeto/objeto” y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en laboratorios.* (2009)
3. Hernán CorraL Talcini. *La existencia legal de toda persona principia la nacer: una nueva lectura para una vieja norma. Se refiere al análisis del art. 74 del CC.* (2010).
4. Sentencia Tribunal Constitucional Rol N°3729-2017, de 28 de agosto de 2017, que se pronuncia sobre la constitucionalidad del proyecto de ley que regula despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. (Páginas 75-120).

Santiago, Chile  
2017

LOS ANIMALES: ¿EN TRAYECTO DESDE  
EL ESTADO DE COSA HASTA EL ESTADO DE PERSONA?

(Ponencia presentada en las IV Jornadas Chilenas de Derecho Civil  
que tuvieron lugar en Olmué los días 3, 4 y 5 de agosto de 2006)

GONZALO FIGUEROA YAÑEZ

*Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidades de Chile y Diego Portales*

I. INTRODUCCIÓN: ¿ES POSIBLE QUE LOS ANIMALES TENGAN DERECHOS?

En mi nueva afición por la Bioética, me encontré hace algún tiempo, con ocasión de alguna investigación que estaba realizando, con una Declaración Universal de los Derechos del Animal, aprobada nada menos que por la Unesco y luego por la Organización de las Naciones Unidas. En ella se señalan diversos derechos de que serían titulares los animales. Indagando un poco más, quedé sorprendido al comprobar la existencia de dos instrumentos europeos que coinciden con la Declaración recién referida, en el sentido de reconocer ciertos derechos y una amplia protección para algunos animales, especialmente los vertebrados: el Convenio europeo sobre la protección de los animales vertebrados utilizados para experimentación y otros fines científicos, adoptado por el Consejo de Europa el 18 de marzo de 1986, y la Directiva 86/609/CEE, del Consejo de las Comunidades Europeas, de 24 de noviembre del mismo año, relativa a la protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos.

Debo confesar que me quedé perplejo ante estos instrumentos, y que me pregunté si los animales habrían empezado a transitar por el camino que lleva de las cosas a las personas, como lo hicieron alguna vez los esclavos que

buscaban su manumisión; y si los animales estarían próximos a alcanzar el privilegio de la personalidad.

Quiero compartir mis hallazgos y mis perplejidades con ustedes.

A mí me enseñaron que los animales eran cosas. La Declaración de la Unesco, ratificada por las Naciones Unidas, los hace, no obstante, sujetos de derechos, desde que gozan de todos aquellos que esa Declaración señala. También me enseñaron que existe alguna sinonimia entre los términos "persona" y "sujeto de derecho", de donde alguien podría deducir, sin un examen más profundo, que los animales han devenido en personas por obra y gracia de algunos organismos internacionales. No me parece conveniente, sin embargo, llegar tan precipitadamente a una conclusión semejante.

Los juristas no podemos apartarnos de las definiciones legales, por disposición expresa de la ley<sup>1</sup>, por lo que debe descartarse tajantemente que los animales puedan ser personas naturales. En efecto, el artículo 55 del CC<sup>2</sup> entiende por tales tan sólo a los individuos *de la especie humana*.

No sucede lo mismo, sin embargo, con las personas jurídicas, puesto que el artículo 545 no los excluye: según dicha disposición, esa clase de personas se caracteriza porque son ficticias<sup>3</sup>, y bien podría la ley "fingir" que un animal es una persona.

Tras esta pregunta desarrollaremos la presente ponencia.

<sup>1</sup> El artículo 20 del Código Civil establece que si el legislador ha definido expresamente algunas palabras para ciertas materias "se les dará en éstas su significado legal".

<sup>2</sup> Cada vez que se utilicen las letras CC, en esta ponencia debe entenderse que la referencia es al Código Civil de Chile.

<sup>3</sup> Así lo dice expresamente el artículo 545 del CC. Existe consenso en nuestra doctrina acerca de que Bello se inspiró en las ideas de Savigny y de Ducrocq cuando elaboró el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, acerca de las personas jurídicas. Esta teoría sostiene que ellas no tienen existencia real y son de verdad *una ficción de la*

## II. LOS ANIMALES Y EL BINOMIO PERSONA-COSA

Siempre tuve algunos recelos acerca de la separación tajante que en Derecho hacemos entre "persona" y "cosa": o se es persona, o se es cosa; no hay términos medios. Pensé muchas veces que ésta era una aplicación exagerada del principio del tercero excluido. ¿Bastaba con manumitir un esclavo para que por arte de magia se transformara de "cosa" en "persona"? Y si ello fuera posible, ¿en qué momento preciso acaecía tan curioso fenómeno?

No es necesario recurrir a la institución de la esclavitud para encontrar ejemplos similares en la legislación vigente: las corporaciones y las fundaciones requieren, para llegar a ser tales, de un acto de autoridad que les dé existencia<sup>4</sup>. Antes de dicho acto de autoridad, el grupo humano que todavía no logra su reconocimiento, o los bienes que constituirán más tarde el patrimonio de la fundación, no alcanzan aún el privilegio de la personalidad. Al sobrevenir aquel acto de autoridad (ley o decreto supremo), como por acto de magia devienen en personas, como si entre todos los miembros de la corporación hubieran parido un niño, distinto de todos ellos, pero "ficticio", esto es, no existente en verdad. ¡He aquí un parto sin sexo; el hombre hecho Dios, puesto que da nacimiento a otros seres; un acto de creación ex-nihilo!

*ley*, la cual, por razones de interés general "supone", "finge" su existencia y les permite jugar en la vida jurídica un papel semejante al que juegan las personas naturales. Véase, a este respecto, CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Imprenta Nascimento, Santiago, 1937, Tomo V, pp. 390 a 437; VODANOVIC, Antonio, *Curso de Derecho Civil basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, Parte General y los Sujetos de Derecho*, Editorial Nascimento, Santiago, 1971, pp. 287 a 300 y FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *El Patrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, segunda edición, 1997, pp. 519 a 539.

<sup>4</sup> El artículo 546 del CC señala que "no son personas jurídicas" aquellas que no se hayan establecido por medio de una ley o de un decreto del Presidente de la República.

¿Por qué no se puede “fingir” también que los animales son una persona jurídica, como pudo quererlo la Unesco? Los animales tienen mayor corporeidad que una fundación en formación, no hay que inventarlos, están en el planeta desde el inicio de los tiempos. Si Calígula pudo hacer Cónsul a su caballo, ¿por qué no podríamos nosotros hacer tan sólo persona, sujeto de derechos, a nuestro perro guardián o a nuestro gato regalón?

No nos parece razonable sostener una posición tan extrema. ¿Por qué no transitar solamente hasta la mitad del camino? Yo me preguntaba recién si no habría algún espacio intermedio entre el esclavo que aún conservaba su condición y el esclavo manumitido, reclamando de cierta manera contra la concepción dual persona-cosa. Ya que toda la estructura de las personas jurídicas se asienta en Chile en una ficción legal, ¿no podría la ley “fingir” también que existe un espacio intermedio entre persona y cosa, donde colocar a los animales?

En los párrafos siguientes partiremos de la concepción tradicional, que entendió que los animales son cosas, hasta algunas posiciones posteriores que les concedieron ciertas protecciones, para concluir con aquellas que han llegado a reconocerles derechos.

### III. LA EXPLICACIÓN TRADICIONAL: LOS ANIMALES SON COSAS

En la explicación civilística tradicional, los animales son cosas, objetos de derechos. Ya dijimos que no caben en la definición de persona natural contenida en el artículo 55.

En tanto cosas, son corporales muebles, porque tienen un ser real y pueden ser percibidos por los sentidos, y pueden transportarse de un lugar a otro (artículos 565 y 567); pero pueden ser inmuebles por destinación si se les destina al uso, cultivo y beneficio de un inmueble (artículo 570) y, como tales, pueden llegar a ser muebles por anticipación, si se constituye

sobre ellos algún derecho a otra persona que el dueño (artículo 571). También pueden tener valor de afección, como sucede muchas veces con los animales domésticos y, en este caso, gozan de un trato legal privilegiado<sup>5</sup>.

Todos los animales, bravíos, domésticos o domesticados (artículo 608) pueden ser objetos de dominio (artículo 623) y pueden ser adquiridos por cualquiera de los modos contemplados en el Código, siendo la caza y la pesca el modo originario especialmente destinado a la adquisición de los animales bravíos o salvajes (artículo 607). El Código reglamenta profusamente estas materias, con más minuciosidad que lo necesario, a nuestro entender (artículos 607 a 623).

Como objetos del derecho de propiedad, los animales son comerciables, salvo algunas excepciones muy puntuales establecidas específicamente por el ordenamiento. Su compra o permuta, hechas con ánimo de enajenarlos, permutarlos, arrendarlos o subarrendarlos constituyen actos de comercio (artículo 3° del C. de Comercio).

El dueño de las hembras adquiere sus crías por accesión, entendiendo la ley que tales crías son frutos de aquellas hembras (artículos 644 a 646). Los animales que constituyen ganados o rebaños pueden ser objetos del derecho real de usufructo (artículo 788), y a fortiori, nos parece también del derecho real de uso, si bien no del de habitación (artículo 811). También es posible entregar animales en prenda con o sin desplazamiento (artículos 2384 y 2° letra a) de la Ley N° 4.097, sobre Prenda Agraria), legarlos específica o genéricamente (artículos 1104, 1114 y 1115), e incluso, legarlos como rebaño (artículo 1123). Nos parece que también es admisible cons-

<sup>5</sup> Según los artículos 393 y 394 del CC, los tutores y curadores no pueden enajenar o empeñar los bienes muebles del pupilo que tengan valor de afección, sin autorización del Juez por causa de utilidad o necesidad manifiesta, debiendo hacerse la venta en pública subasta. Por su parte, el artículo 659 considera de mayor estimación para los efectos de la accesión de mueble a mueble a aquellos bienes que tengan un gran valor de afección.

títuir un modo en beneficio de algún animal al que el testador haya tenido especial afecto (artículos 1089 y sgtes.).

Las obligaciones de entregar un animal específico son siempre indivisibles (artículo 1526 N° 2). En cuanto se refiere a la sociedad conyugal, los animales que tuvieren los contrayentes antes de casarse pasan al dominio social (artículo 1725 N° 4), y son administrados ordinariamente por el marido mientras dicha sociedad subsista (artículo 1749), de manera que el gatito regalón de la novia pasará al dominio de la sociedad conyugal, y el marido que no puede soportar a los gatos podrá enajenarlo o destruirlo en uso de sus facultades administrativas.

Tengo dudas acerca de si un gato regalón o un canario cantor pueda entenderse que "guarnece" el hogar común. En caso afirmativo, ese perro o canario podría ser declarado bien familiar, y en ese caso la mujer podría impedir los deseos gaticidas de su consorte (artículos 141 y 142).

Finalmente, como los animales son cosas para el Código Civil, y carecen en consecuencia de responsabilidad, la ley hace responsables de los daños causados por ellos a sus dueños o a las personas que se sirvan de animales ajenos (artículo 2326). Y si se tratare de un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, responderá necesariamente de los daños causados el que lo tenga, sin que se le permita probar que le fue imposible evitarlos (artículo 2327).

En materia penal, la legislación especializada se refiere también en muchas disposiciones a los animales, y los trata siempre como cosas, como objetos de derechos. Así, los artículos 289, 290 y 291 del Código Penal se refieren a la propagación de enfermedades de origen animal, a la introducción ilícita de animales al país, o a la propagación de organismos o elementos susceptibles de poner en peligro la salud animal, y los artículos 449 y 454 del mismo Código castigan los robos o hurtos de animales. Muchas otras disposiciones similares pueden citarse.

No obstante, para los efectos de este trabajo nos parece que la disposición penal más interesante es la que contiene el actual artículo 291 bis del Código Penal, el que fue introducido en ese cuerpo legal por la ley N° 18.859, de 29 de noviembre de 1989, la que a la vez derogó el antiguo artículo 496 N° 35, que consideraba la conducta tipificada tan sólo como una falta. El actual artículo 291 bis sanciona con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa a aquel "que cometiere actos de maltrato o crueldad con animales". A nuestro entender, esta disposición abandona la concepción de simple "cosa" prescindible, destructible, disponible y abusable, con que la legislación anterior calificó a los animales, y se ubica ya en las concepciones más modernas, de tipo proteccionista del reino animal.

#### IV. LOS ANIMALES COMO COSAS ESPECIALMENTE PROTEGIDAS

A partir de la segunda mitad del siglo XX, ha existido un creciente interés en todo el planeta por la conservación del medio ambiente, el cuidado de la biodiversidad y la limitación de la contaminación de los ríos, los mares y la atmósfera. Pienso que este interés se inicia con la publicación de dos libros que causaron hondo impacto en el mundo político, social, académico y científico: "Limits to Growth"<sup>6</sup> y "Blueprint for Survival"<sup>7</sup>, y la inmediata reacción de la Organización de las Naciones Unidas frente al problema que esos libros denunciaron, Organización que creó un Programa especial para enfrentarlo: el PNUMA (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente). Esta preocupación universal repercutió en la relación que hasta entonces había existido entre los humanos y el resto de los animales, creándose la conciencia de la necesidad de preservar la vida animal y la biodiversidad, como una forma de preservar también la vida de la especie en el planeta. A nivel del Derecho Civil, dicha conciencia se

<sup>6</sup> MEADOWS, Donella et al. *The limits to growth, a report for the Club of Rome*, Universe Books, New York, 1972.

<sup>7</sup> GOLDSMITH, Edward et al, "A blueprint for survival", editado en castellano bajo el título *Manifiesto para la supervivencia*, Alianza Editorial, Madrid, 1972.

concretó en un conjunto de leyes de protección, conservación y cuidado de los animales, los que –sin perder su naturaleza de cosas– han devenido en bienes especialmente protegidos.

Es importante recalcar que esta protección no alcanza –a pesar de lo amplia que pueda ser– para transformar los animales de cosas en personas o sujetos de derechos, y que acaece aquí lo mismo que respecto de otros bienes que por el gran valor que se les asigna, han merecido un estatuto jurídico especial de protección.

A nivel internacional, Chile ha ratificado un conjunto de Convenios para la conservación de animales y plantas y la conservación de la biodiversidad. Entre ellos señalamos la Convención de Diversidad Biológica de 1992 (ratificada por nuestro país en 1994), la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestre, CITES, 1973 (ratificada en 1975), y varias Convenciones Internacionales sobre Biodiversidad Marina, como la Convención del Mar, de 1982 (ratificada en 1997) o la Convención para la Conservación de los Recursos Marinos Vivos Antárticos de 1980 (ratificada en 1981).

En cuanto a legislación interna, pueden señalarse disposiciones que protegen ciertos ecosistemas, como la Ley de Bosques, D.S. N° 4.383, de 1931; y especialmente la Ley N° 19.300 de 1994, sobre Bases del Medio Ambiente. Otras leyes se han dictado para proteger la fauna misma. Entre ellas, es menester señalar la Ley de Caza N° 19.473, de 1996, y la Ley de Pesca N° 18.892, de 1991. Finalmente, existe una infinidad de decretos para proteger algunas especies de la fauna terrestre y marina. Entre ellos es posible señalar el D.S. N° 167 de 1994, que prohíbe la captura de lobos marinos, o el D.S. N° 225 de 1995, que establece la veda extractiva de 61 especies de reptiles, aves y mamíferos marinos.

Y es en este contexto en que los animales siguen siendo cosas, como siempre lo fueron, pero se les entiende como cosas especialmente protegidas,

das, que aparece la Declaración Universal de los Derechos del Animal, aprobada primeramente por la Unesco, y luego por la Organización de las Naciones Unidas, que –al reconocerles ciertos derechos– los ha convertido aparentemente en personas, esto es, en sujetos de derechos. Miraremos primeramente el valor que pueden tener estas Declaraciones como posibles fuentes del Derecho.

#### V. LAS DECLARACIONES INTERNACIONALES COMO FUENTES DEL DERECHO

En alguna ocasión hemos sostenido que con las fuentes tradicionales del Derecho no se agota la enumeración de los hechos, actos, elementos o instrumentos a los que se otorga la facultad de crear normas jurídicas, normas de conducta seguidas de sanción<sup>8</sup>. Entendemos por fuentes tradicionales a *la ley* (incluyendo aquí también a la Constitución, donde ella exista, ley de leyes, a los decretos con fuerza de ley y a los decretos leyes), a los decretos emanados del Poder Ejecutivo (incluyendo aquí a los reglamentos y a las ordenanzas), a *las sentencias judiciales* (que en ciertos sistemas tienen fuerza general, pero en Chile obligan generalmente sólo a las partes del juicio en que se pronunciaron) y a *la costumbre* (que en ciertos sistemas también tiene fuerza general, especialmente cuando es reiterativa, pero que en Chile ha sido formalmente eliminada de las fuentes ordinarias, salvo que la propia ley se remita a ella). Además de estas fuentes generales, deben agregarse como fuentes particulares del Derecho a *los contratos* (que crean normas jurídicas tan sólo entre los contratantes, sin perjuicio de la existencia de terceros relativos en ciertos casos) y a *ciertas reglas emanadas generalmente del sector privado*, esto es, de la ciudadanía lisa y llana (y que por este origen

<sup>8</sup> Así por ejemplo, FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, "Algunos elementos implícitos no tradicionales de interpretación en el contrato médico-paciente", trabajo solicitado por el profesor Carlos Soto Coágula para ser publicado en Perú, y "El Derecho Internacional de la Bioética", trabajo solicitado por el profesor Salvador Darío Bergel para ser publicado en Argentina, ambos inéditos todavía.

pueden asimilarse a la costumbre), y que –no obstante– pueden devenir en reglas obligatorias de conducta, incluso para terceros que no las generaron, que pudieron ignorarlas o incluso rechazarlas. Ni siquiera se trata de reglas contractuales. Un ejemplo, referido a la relación médico-paciente, nos servirá para explicar lo que venimos sosteniendo.

El contrato para la prestación de servicios médicos genera obligaciones adicionales al texto mismo, que se entienden pertenecerle sin que las partes las hayan mencionado, o incluso, sin que ni siquiera las hayan imaginado. *Esas obligaciones adicionales emanan de la calidad profesional del médico que contrata*, de su propia estructura ética y deontológica, de los requerimientos gremiales impuestos por el Colegio Médico al que pertenece, de las exigencias de la *lex artis*, y a veces, incluso de declaraciones y convenios que no pertenecen al ordenamiento jurídico del país en que las partes contratan. Nos referimos, entre otras, a las obligaciones del médico de informar al paciente tanto acerca del diagnóstico como del tratamiento; a su obligación de cuidado, protección y seguridad del paciente, y a su obligación de secreto profesional, entre otras.

En Chile no existe una legislación específica que imponga al médico la obligación de informar al paciente acerca del diagnóstico o tratamiento que el primero se proponga llevar a cabo. No obstante, esta obligación se le impone por una vía que no es la de la ley. En efecto, el Código de Nuremberg estableció *para todos los médicos del planeta* que “es absolutamente esencial el consentimiento voluntario del sujeto humano”, el que “debe tener libertad para poner fin al experimento” cuando lo desee<sup>9</sup>. Tenemos que entender que todo tratamiento médico es siempre un verdadero experimento. La Declaración de Helsinki, por su parte, señala

<sup>9</sup> Código de Nuremberg, de 20 de agosto de 1947, artículos 1º y 9. Su texto puede encontrarse en CASADO, María, *Las Leyes de la Bioética*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 127 y siguientes.

que cualquiera investigación en seres humanos debe ser precedida por la información adecuada<sup>10</sup>. Es necesario destacar que estas Declaraciones corresponden a normas éticas internas de la profesión médica, que deben entenderse incluidas en el contrato médico-paciente no porque exista una disposición legal o convencional que lo ordene, sino *porque forman parte de la estructura ética del propio médico*, que éste debe respetar por pertenecer a esa profesión.

Todo lo dicho aquí en relación con los médicos es aplicable a cualquiera otra profesión que cuente con una *lex artis* propia y con reglas de conducta emanadas del respectivo gremio o del propio ejercicio profesional. Cada vez que un individuo cualquiera celebra un contrato con un abogado, con un ingeniero o con un profesor, sin saberlo ni sospecharlo siquiera, incorpora a ese contrato a un conjunto de personas y a un conjunto de normas de conducta que exigen a las diversas profesiones el adecuado ejercicio de las mismas. El cliente o paciente desconoce en ese momento la identidad de esas personas que –como fantasmas– han ingresado a esa relación jurídica, y desconoce también la normatividad gremial o científica que le resultará aplicable.

En el Derecho Internacional acaece un fenómeno similar al que acaba de relatarse respecto de las fuentes de cualquiera otra rama del Derecho: existen aquí, además de las fuentes formales propiamente tales (Tratados, Convenciones, Pactos y otros instrumentos vinculantes, más la costumbre internacional, cuando corresponda aplicarla), otras fuentes informales que también constituyen derecho. En este caso, de la misma manera como sucede en el Derecho Civil, existen instrumentos emanados del sector

<sup>10</sup> Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial, de junio de 1964, l. 9. En términos similares se han expresado las Declaraciones posteriores de Tokio en 1975, Venecia en 1983, Hong Kong en 1989, Sudáfrica en 1996 y Edimburgo en 2000. El texto de la Declaración de Helsinki con sus modificaciones y ampliaciones posteriores también puede encontrarse en el libro señalado en la nota (9), pp. 113 y siguientes.

privado, como el informe Belmont<sup>11</sup>, el Código de Nuremberg, la Declaración de Helsinki y las demás que la han aclarado y ampliado, que por su origen, nacieron faltos de soberanía, coacción o imperio, pero que por su valor moral, pasaron a ser fuentes del Derecho Internacional mucho antes de ser recogidos por las fuentes formales tradicionales. También existen instrumentos originados en el sector público que al nacer no constituyeron instrumentos vinculantes, pero que por la misma razón, han devenido con el tiempo en verdaderas fuentes del Derecho. Entre ellos pueden señalarse las Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos<sup>12</sup> y, especialmente, las tres Declaraciones de la Unesco relacionadas con la Bioética: la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos<sup>13</sup>, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos<sup>14</sup>, y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos<sup>15</sup>. Estas Declaraciones constituyen los tres instrumentos internacionales más importantes en materia de Bioética, que conoce hasta el momento la humanidad.

Como se sabe, las Declaraciones Internacionales no son vinculantes para los países que las aprueban. Constituyen simples manifestaciones de

<sup>11</sup> El Informe Belmont lleva fecha 30 de septiembre de 1978 y fue aprobado por la Comisión Nacional para la Protección de los Sujetos Humanos de Investigación Biomédica y del Comportamiento. Su texto también figura en el libro referido en la nota (9), pp. 85 y siguientes.

<sup>12</sup> Estas Pautas fueron preparadas por el Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS) en colaboración con la Organización Mundial de la Salud (OMS). Fueron publicadas en castellano por el Programa Regional de Bioética OPS/OMS en 2003.

<sup>13</sup> Aprobada por unanimidad y por aclamación por la Conferencia General de la Unesco con fecha 11 de noviembre de 1997.

<sup>14</sup> Aprobada por unanimidad y por aclamación por la Conferencia General de la Unesco con fecha 16 de octubre de 2003.

<sup>15</sup> Aprobada por unanimidad y por aclamación por la Conferencia General de la Unesco con fecha 19 de octubre de 2005.

buenos deseos y no quedan sujetas al trámite de ratificación por los países que **concurrieron** a votarlas. Así sucede con las **tres** Declaraciones de la Unesco recién referidas, y con la **Declaración Universal** de los Derechos del Animal, que hoy es objeto de nuestra atención. Así sucedió también con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por las Naciones Unidas en 1948, a pesar del inmenso valor moral que tiene.

¿Qué valor real tienen las Declaraciones Internacionales, si carecen, como se ha dicho, de valor jurídico vinculante? ¿Por qué eligió la Unesco la vía de la Declaración, que no es técnicamente vinculante, en lugar de la vía de la Convención, que sí lo es? El Embajador Gros Espiell, Presidente de la Comisión Jurídica que redactó la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos explicaba esta elección recalando la rapidez con que se puede aprobar una Declaración, contra la lentitud del procedimiento de ratificación de las Convenciones, y añadía que una Declaración deja siempre abierto el camino para una Convención posterior<sup>16</sup>.

Y agregaba que había sido un acontecimiento muy excepcional y casi inédito, la circunstancia de haberse logrado una aprobación unánime y por aclamación en la 29ª sesión de la Conferencia General de la Unesco (y luego una ratificación por idéntica votación en la Asamblea General de las Naciones Unidas), todo lo cual confiere al contenido de la Declaración un valor político y moral, una posición de ejemplo y guía, *que en definitiva convierte a sus postulados en principios generales del Derecho* y, en consecuencia, en fuentes formales del mismo<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Las afirmaciones del Embajador Gros Espiell pueden encontrarse en FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *Derecho Civil de la Persona – Del genoma al nacimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 78 y siguientes.

<sup>17</sup> GROS ESPIELL, Héctor, "Más allá de la Declaración de la Unesco sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos", en el libro *Derecho, Bioética y Genoma Humano*, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 291, 292 y 312.

A la misma conclusión arriban los profesores Carlos María Romeo Casabona y Salvador Darío Bergel. Al primero corresponde la siguiente afirmación: "(E)n el Derecho Internacional es comúnmente aceptado que esta clase de Declaraciones constituyen fuente de Derecho, como principios generales del Derecho, lo que confirma su naturaleza jurídica (...)"<sup>18</sup>. Y al segundo corresponde la siguiente: "Yo creo que esta Declaración puede servir para fundar resoluciones judiciales en países donde no exista una legislación específica sobre estos temas (...) (C)omúnmente decimos en nuestros países que sobre tal tema no hay legislación, que hay una especie de laguna legal. En las materias a que se refiere la Declaración esto no es así, ya que nuestro país ha suscrito dicha Declaración, de donde debe deducirse que su contenido constituye derecho positivo en nuestros Estados. La Declaración es fuente de inspiración para cualquiera resolución judicial (...)"<sup>19</sup>.

Constituyendo las Declaraciones principios generales del Derecho, ingresan en tal carácter al Derecho Interno, como fuente integradora y como fuente interpretativa del Derecho legislado. Ello no les permite, sin embargo, una aplicación directa en materia penal, por no existir la tipificación necesaria a nivel legal, pero en el sistema chileno bien pueden constituir elementos subsidiarios de interpretación, como principios generales del Derecho incluidos en el concepto "espíritu general de la legislación", a que se refiere el artículo 24 del Código Civil. También pueden entenderse incluidos dentro de los principios de equidad señalados en el mismo artículo 24 y en el artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, que los

<sup>18</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María, Comentario a la exposición del profesor Héctor Gros Espiell sobre "Más allá de la Declaración de la Unesco", en el mismo libro señalado en la nota anterior, p. 317.

<sup>19</sup> BERGEL, Salvador Darío, Comentario a la exposición del profesor Héctor Gros Espiell sobre "Más allá de la Declaración de la Unesco", en el libro señalado en la nota (17), p. 328.

jueces deberán necesariamente considerar a falta de leyes específicas, cuando deban pronunciar sus fallos.

#### VI. BREVE INCURSIÓN EN LA NATURALEZA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

A nosotros nos parece que el concepto jurídico de "persona" debió haber quedado limitado a los individuos de la especie humana. La derogación de la esclavitud y la desaparición consecuente de los individuos humanos que eran cosas debió haber limitado a ellos solos la noción de personalidad. Creo que al extender el concepto de "sujeto de derechos" a entes que no son personas físicas, cometimos el error de llamar también "personas" a estos entes. De esta manera se ha producido una especie de sinonimia entre los términos "persona" y "sujeto de derechos", que pudo haberse evitado si no hubiéramos denominado también "personas" a estos entes que son sin duda "sujetos de derechos", pero que difícilmente pueden entenderse "personas". El mal está hecho y no cabe a esta altura más que aceptar los términos que la costumbre ya ha consagrado.

Detrás de las personas jurídicas siempre hay intereses, expectativas, esperanzas o proyectos de personas naturales, y son siempre estas últimas los destinatarios mediatos o inmediatos de las normas jurídicas. Hemos sostenido en otra ocasión que la finalidad esencial del ordenamiento jurídico es la protección de la especie<sup>20</sup>. Según Fernández Sessarego, el Derecho es "una creación *de* seres libres *para* seres libres"<sup>21</sup>, en tanto las personas jurídicas carecen del don precioso y único de la libertad y del discernimiento. La persona jurídica no es sino un instrumento de las personas naturales, que a veces pueden incluso utilizarlas abusivamente y en fraude de la ley. En este

<sup>20</sup> FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, *Persona, pareja y familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 9.

<sup>21</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho y Persona*, Editora y Distribuidora Jurídica Grijley, Lima, 2001, cuarta edición, p. 38.

contexto se ubica precisamente la teoría del “disregard”, o abuso de la personalidad jurídica, que ha tomado tanto auge en los últimos tiempos<sup>22</sup>.

No obstante, parece imposible en el estado actual del Derecho y de la sociedad humana prescindir del concepto de persona jurídica, si se considera que todas las sociedades civiles y comerciales, los sindicatos, gremios y organizaciones patronales que se constituyen con patrimonios pluripersonales son personas de este tipo. Ellas son sujetos activos de la mayor parte de los actos de producción y de comercio que conoce el mundo moderno. También lo son las corporaciones que no persiguen fines de lucro, e incluso los patrimonios de afectación, disfrazados en Chile bajo el nombre de fundaciones<sup>23</sup>. Pero las comunidades, que muchas veces también intervienen en el proceso productivo o comercial, carecen en Chile de una personalidad jurídica que creemos debería concedérseles, especialmente desde el momento en que por acuerdo de los comuneros llegan a tener un administrador común que se hace cargo de los intereses colectivos.

En todos los casos en que existe una persona jurídica, incluidos los patrimonios de afectación, es requisito esencial que exista una o varias personas naturales que desempeñen la función de administrarla. Constituidas en órgano de administración, esas personas naturales están llamadas a

<sup>22</sup> Para una profundización en esta teoría del abuso de la personalidad jurídica, llamada a veces del “levantamiento del velo” o del “disregard of legal entity”, véase DOBSON, Juan, *El abuso de la personalidad jurídica*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985; LYON PUELMA, Alberto, “La utilización de la forma de la persona jurídica”, *Cuadernos del Colegio de Abogados de Chile*, Santiago, 1995; AGUAD DEIK, Alejandra, “Sobre el abuso de la personalidad jurídica”, en el libro editado por la FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI, *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, Segunda Parte, pp. 281 y siguientes, y LÓPEZ DÍAZ, Patricia, *La doctrina del levantamiento del velo y la instrumentalización de la personalidad jurídica*, Editorial LexisNexis Chile, Santiago, 2003.

<sup>23</sup> Sobre los patrimonios de afectación existentes en el ordenamiento chileno, véase FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, *El Patrimonio*, op. cit. (3), pp. 519 a 572.

expresar la voluntad de la persona jurídica y a obligar el patrimonio de ésta, liberando así de responsabilidad el patrimonio de esos administradores<sup>24</sup>.

Es curioso constatar que en Chile el estatuto jurídico que rige para las personas jurídicas que no persiguen fines de lucro es radicalmente diferente de aquel que rige para aquellas que persiguen tales fines, como son las sociedades. En efecto, como ya señalamos, las primeras requieren de un acto de autoridad para llegar a existir, y pueden ser disueltas por dicha autoridad si llegan a comprometer la seguridad o los intereses del Estado, o no corresponden al objeto de su institución (artículo 559). Las sociedades colectivas civiles se constituyen y disuelven, en cambio, por un mero acuerdo de voluntades, que no requiere de elemento externo alguno<sup>25</sup>, y llegan a existir en cuanto reúnen los requisitos generales de todos los actos jurídicos y los especiales del contrato específico de que se trata, pasando desde aquel instante a ser sujetos de derechos. Las mismas consideraciones resultan válidas para las sociedades que requieren de ciertas solemnidades para llegar a existir, puesto que cumplidas éstas, se incorporan a la vida jurídica sin necesidad de ningún acto de autoridad que pronuncie a su respecto un “fiat” creador. Por estas razones, creemos que la exigencia de la autorización gubernamental o legal no se justifica en lo que se refiere a las corporaciones y fundaciones, y que debería eliminarse.

<sup>24</sup> El artículo 549 del CC confirma esta regla: “...las deudas de una corporación no dan a nadie derecho para demandarlas, en todo o parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación”. El artículo 563 hace aplicable esta disposición también a las fundaciones.

<sup>25</sup> La tesis que estamos sosteniendo difiere de aquella que en su época sostuvo don Luis Claro Solar, en el sentido que incluso las sociedades siguen la teoría de la ficción legal, y que la autorización del Estado les ha sido concedida anticipadamente por la ley civil. Véase CLARO SOLAR, Luis, op. cit. (3), Tomo V, pp. 386 y 387. La refutación de la tesis de Claro Solar puede encontrarse en FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, *El Patrimonio*, op. cit. (3), pp. 526 y 527.

En consecuencia, es requisito de las personas jurídicas, aparte de la autorización de la ley o del Presidente de la República, cuando ello proceda, y de la existencia de un patrimonio que se mantiene separado de los patrimonios propios de sus socios o miembros, que cuenten con un órgano capaz de manifestar la voluntad colectiva, que es diferente, como ya se dijo, de la voluntad particular de esos socios o miembros. Este requisito se concreta en la existencia de un representante legal, como lo denominó nuestro Código antes de que se formulara la teoría del órgano, que hoy impera en la doctrina internacional<sup>26</sup>. La idea está tomada directamente del pensamiento de Savigny, a quien se debe la siguiente frase: "Todas las corporaciones artificiales tienen un carácter común: creadas a semejanza de las ciudades, podrán como ellas *poseer y hacerse representar*, que es lo que constituye en realidad la personalidad jurídica"<sup>27</sup>.

Nos parece que *es precisamente la ausencia de representante legal el elemento fundamental que impide que pueda considerarse a los animales como sujetos de derechos*.

#### VII. DERECHOS CONFERIDOS A LOS ANIMALES POR LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LA UNESCO

Para concluir, me ha parecido interesante sintetizar a continuación algunas disposiciones contenidas en la Declaración Universal de la Unesco

<sup>26</sup> El artículo 545 define la persona jurídica, además de otras características, por la de "ser representada judicial y extrajudicialmente", y el artículo 551 señala que las corporaciones "son representadas" por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, o a falta de una y otras, un acuerdo de la corporación haya conferido este carácter. El artículo 552, por su parte, usa dos veces la palabra "representante" para referirse a aquel que expresa la voluntad colectiva, y el artículo 563 reitera para las fundaciones lo que los artículos 551 y 552 establecieron para las corporaciones.

<sup>27</sup> SAVIGNY, Federico Carlos, *Sistemas del Derecho Romano Actual*, F. Góngora y Cía. Editores, Madrid, 1872, p. 74, citado por LYON PUELMA, Alberto, op. cit. (22) nota (2) a la p. 5.

sobre los Derechos del Animal. Ella fue adoptada primeramente en Londres el 23 de septiembre de 1977, por la Liga Internacional de los Derechos del Animal, y las Ligas Nacionales afiliadas, y luego fue proclamada con fecha 15 de octubre de 1978, para concluir aprobada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y finalmente, por la propia Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

El Preámbulo de la Declaración se inicia señalando enfáticamente lo siguiente: "Considerando que todo animal posee derechos", y el artículo 1º señala que "todos los animales nacen iguales ante la vida y tienen los mismos derechos a la existencia". No existe en estas disposiciones fundamento alguno respecto de sus afirmaciones, ni alguna precisión acerca de si la igualdad proclamada se refiere a una igualdad dentro de cada especie o una igualdad general respecto de todos los animales sin distinción. Nótese que este artículo declara que todos los animales tienen derecho "a la existencia", pero elude darles derecho "a la vida", sutileza que puede servir para tranquilizar un poco a nuestros productores de pollos o de mariscos en conserva.

El artículo 2º establece que "todo animal tiene derecho al respeto. El hombre, en tanto que especie animal, no puede atribuirse el derecho de exterminar a otros animales o de explotarlos violando ese derecho (al respeto) (...) Todos los animales tienen derecho a la atención, a los cuidados y a la protección del hombre". Y aquí sí me parece que los productores de pollos deben empezar a preocuparse. ¿Pueden ellos afirmar que dan muerte a sus víctimas con el respeto que la Declaración les impone? ¿Pueden afirmar de buena fe que no se han atribuido el derecho de exterminar animales? ¿Pueden sostener que dan a sus pollos la debida atención, cuidados y especialmente protección?

El artículo 3º establece, por su parte, que "ningún animal será sometido a malos tratos ni a actos crueles" y que si su muerte es necesaria,

“ésta debe ser instantánea, indolora y no generadora de angustia”, mandamientos que, personalmente, nos parecen adecuados.

El artículo 4º, por su parte, se refiere a los animales salvajes y establece su derecho a vivir libres en su propio ambiente natural, terrestre, aéreo o acuático, señalando que toda privación de libertad, incluso aquella que tenga fines educativos, es contraria a este derecho (de vivir libres). Con este artículo deberían comenzar a preocuparse los parques zoológicos, los pescadores y los vendedores de aves, incluidos entre ellos los canarios cantores. Y los juristas deberíamos preparar un proyecto de ley para eliminar la caza y la pesca del Código Civil.

Según el artículo 5º, los animales que pertenezcan a una especie que viva tradicionalmente en el entorno del hombre tienen derecho a vivir y a crecer al ritmo y en las condiciones de vida y libertad propias de su especie, entendiéndose contraria a este derecho cualquier modificación de ese ritmo o condiciones que tenga fines mercantiles. En relación con esta última disposición, el artículo 9º establece que los animales criados para la alimentación deben ser nutridos, instalados, transportados y sacrificados sin que de ello resulte para el mismo motivo de ansiedad o dolor, disposición que nos resulta aceptable. De igual manera estimamos aceptable la disposición del artículo 6º, que señala que todo animal al que el hombre haya escogido como compañero, tiene derecho a que la duración de su vida sea conforme con su longevidad natural.

También coincidimos con el artículo 7º de la Declaración, el que establece que todo animal de trabajo tiene derecho a una limitación razonable del tiempo e intensidad de ese trabajo, a una alimentación reparadora y al reposo.

El artículo 10 establece que ningún animal debe ser explotado para esparcimiento del hombre, y que las exhibiciones de animales y los espectáculos que se sirvan de ellos son incompatibles con la dignidad del animal,

lo cual implica la desaparición de los rodeos, de los animales de los circos, de las peleas de gallos y, especialmente, de las corridas de toros.

Finalmente, la Declaración de la Unesco adelanta algunos pasos incluso en los dominios del Derecho Penal, faltando tan sólo, para que las conductas descritas se conviertan en delitos, que ellas sean tipificadas por la legislación nacional. En efecto, el artículo 11 expresa a la letra que “todo acto que implique la muerte de un animal sin necesidad es un biocidio, es decir, un crimen contra la vida”. Y el artículo 12 agrega que todo acto que implique la muerte de un gran número de animales salvajes es un genocidio, es decir, un crimen contra la especie.

Si los animales son titulares de los derechos que se mencionan en la Declaración Universal analizada, o de algunos de ellos, es que han devenido en sujetos de derechos. ¿Será posible esgrimir en contra de tal afirmación tan sólo el carácter de no-vinculante de las Declaraciones Internacionales, si se reconoce a éstas su condición de principios generales del Derecho? Si la respuesta fuera negativa, ¿podría sostenerse que les falta tan sólo la designación de un representante legal y la adscripción de un patrimonio para que la ley pueda fingir que son personas? Quiero dejar la respuesta a la decisión de ustedes.

ARTÍCULO

---

**La categoría jurídica “sujeto/objeto” y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en laboratorios<sup>1</sup>**

**AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI \***

*La Revista de Bioética y Derecho cuenta con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: [www.bioeticayderecho.ub.edu/master](http://www.bioeticayderecho.ub.edu/master)*

---

\* Aída Kemelmajer de Carlucci. Magistrada de la Corte Suprema de Mendoza, Argentina. Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Cuyo, Mendoza, Argentina.

<sup>1</sup> Este artículo fue publicado en: Revista de Bioética y Derecho UB, no. 17, 2009.

## 1. Introducción

La experimentación con animales abre debates éticos de gran complejidad<sup>2</sup>; ligados a factores socio-culturales, es frecuente que se lleven a cabo en un clima dominado por las emociones<sup>3</sup>.

El tema integra otro más amplio, cual es el de las vinculaciones entre la persona humana y los otros integrantes del reino animal; estas relaciones han sido siempre ambivalentes y se visualizan hasta en el lenguaje. La palabra *animal*, que desde el siglo XII designa a "un ser viviente que se mueve, dotado de aliento vital o *anima*", comprende claramente al ser humano; sin embargo, también se usa para distinguir a la persona humana de los otros animales. O sea, la palabra sirve para designar el grupo colectivo en el cual se ubica el ser humano y, al mismo tiempo, para separarlo de los demás seres vivientes. A esas dos acepciones se agrega posteriormente una tercera, para calificar a toda persona grosera o brutal y, en este sentido, es sinónimo de bestia, palabra que describe todo lo que es animado y no es un hombre<sup>4</sup>.

¿En qué momento de la evolución de las especies los homínidos prehistóricos comenzaron a considerarse distintos del resto de los animales? Al parecer, a diferencia del "Big Bang", así llamado por el astrónomo inglés Fred Hoyle en 1950 y que explicaría el origen del universo, en el paso de las especies no hubo ningún estallido repentino, y el desarrollo debió tener lugar a través de minúsculas fases. "Quizás se necesitó un millón de años de titubeo y nostalgia subconscientes antes de cruzar el umbral para acceder a la situación de percibirse a uno mismo como humano, como un animal distinto del animal"<sup>5</sup>.

Lo cierto es que desde los tiempos más remotos los animales han compartido con el ser humano porciones del universo; las modalidades de las relaciones entre hombres y animales han variado a lo largo de la historia por distintos factores, pero puede afirmarse que el hombre, sin el animal, difícilmente habría podido subsistir: ha sido medio de locomoción, de vigilancia, de experimentación científica, de exhibición, de guía, etc.<sup>6</sup>. Por otro lado, el evolucionismo darwiniano obligó a repensar la concepción que veía en todas las especies de animales no humanos seres privados de cualquier tipo de sensibilidad y forma de inteligencia y, por lo tanto, excluidas de cualquier consideración moral<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> Rescigno, Francesca, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, ed. Giappichelli, 2005, pág. 189.

<sup>3</sup> Elizari Basterra, Francisco, *Bioética*, Madrid, ed. San Pablo, 1991, pág. 343.

<sup>4</sup> Desmoulin, Sonia, *L'animal, entre science et droit*, Marseille, ed. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, pág. 22.

<sup>5</sup> Steiner, George, *Del hombre y la bestia*, en *Los libros que nunca he escrito*, trad. por María Córdor, México-Argentina, ed. Fondo de Cultura Económica, 2008, pág. 187.

<sup>6</sup> Compulsar Ramos Maestre, Aurea, *Responsabilidad civil por los daños causados por los animales: consideración particular de los sujetos responsables*, en *Rev. de Derecho Privado de Madrid*, 1997, pág. 696.

<sup>7</sup> Lecaldano, Eugenio, *Bioética. Le scente morali*, Roma, ed. Laterza, 2007, pág. 336.

## 2. El animal y el Derecho

Las dudas respecto a cómo deben ser los vínculos entre animales y humanos también se hacen visibles en el Derecho; en realidad, la cuestión es un mero reflejo de las relaciones normalmente ambivalentes entre Ciencia y Derecho.

No obstante la importancia que los animales han tenido en la economía argentina, el ordenamiento jurídico, al igual que tantos otros del derecho comparado, carece de un verdadero estatuto jurídico del animal en cuanto tal<sup>8</sup>.

Esta carencia complica el tratamiento, pues la cuestión relativa a la situación del animal frente al derecho compromete diversas ramas: constitucional<sup>9</sup>, civil, penal, administrativo, del ambiente, comunitario, etc.<sup>10</sup>.

Las incoherencias del sistema jurídico han sido evidentes en el pasado y, de alguna manera, continúan siéndolo en el presente.

Así, por ej., el viejo derecho penal admitió procesos contra animales en los que éstos, igual que las personas, podían resultar condenados<sup>11</sup> o absueltos<sup>12</sup>.

En el derecho civil tradicional, en cambio, los animales nunca fueron *sujetos* de derecho. Por el contrario, fueron *objeto* del derecho desde que los códigos decimonónicos ubicaron los animales entre las cosas, bajo la denominación de *semovientes*, o sea, cosas que tienen la aptitud de moverse por sí mismas.

La categorización de los animales como *cosas* tiene larga data y efectos jurídicos significativos; así, por ej., los animales de caza, los peces de los mares, ríos y lagos son apropiables por la persona humana, quien se hace

---

<sup>8</sup> Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho civil, Parte General*, 9º ed., Bs. As., A. Perrot, 1988, t. II n° 775; Ramos M y Ramírez J., *Derecho Civil y comparado. Parte General*, Bs. As., ed. E. Perrot, 1947, t. II n° 842; Masnatta, Héctor, voz *Bienes semovientes*, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. II pág. 307.

<sup>9</sup> Así, la ley brasileña de 2008 se declara reglamentaria del art. 225, &1, inciso VII de la Constitución Federal de Brasil que al establecer el *derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado* dice: "Para asegurar la efectividad de este derecho, incumbe al poder público: VII. Proteger la fauna y la flora, prohibiéndose, en la forma prevista por la ley, las prácticas que pongan en riesgo su fusión ecológica, provoquen la extinción de especies o sometan a los animales a la crueldad".

<sup>10</sup> Labrusse-Riou, Catherine, Préface à Desmoulin, Sonia, *L'animal, entre science et droit*, Marseille, ed. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006. En España, la legislación especial relativa a la protección de los animales es muy extensa y variada. Véase la obra preparada por José M. Pérez Monguió, publicada por Tecnos en el año 2000 bajo el título *Régimen jurídico de los animales potencialmente peligrosos y de compañía*; en este libro se transcribe toda la legislación a nivel nacional y regional.

<sup>11</sup> Conocido es llamado "proceso a las langostas de Segovia" por la destrucción de las cosechas, tramitado a mediados del siglo XV. El querellante era la Iglesia; su interés residía en que la plaga impedía a los fieles cosechar, por lo que las limosnas disminuían; el abogado defensor (poco entusiasta por cierto), era uno de los propietarios de las tierras dañadas. El tribunal condenó a las langostas al destierro, previo haberlas emplazado en tres días bajo apercibimiento de excomunión.

<sup>12</sup> Una burra qua había yacido con un habitante de un pueblo francés, un tal Ferron, se salvó de ser quemada viva junto al "delincuente pecador" porque el prior del convento y los más ilustres habitantes de la localidad de Vanvres firmaron un certificado en el que declaraban conocer al animal, "quien siempre se había mostrado virtuosa y de buena conducta, no dando motivo de escándalo a nadie, por lo que se la consideraba honesta y no merecedora de castigo alguno" (Ver referencias de este caso y el citado en nota anterior en De Lora, Pablo, *Justicia para los animales. La ética más allá de la humanidad*, Madrid, ed. Alianza, 2003, pág.45/47).

propietaria<sup>13</sup>; a diferencia del cuerpo humano, que está fuera del comercio, el animal y sus frutos están dentro del comercio y son objeto de transacciones; las crías de los animales son *frutos* naturales, etc.

Es importante tener claras las consecuencias de esta visión porque como tiene dicho un informe preparado por el "working party" del *Nuffield Council on Bioethics*, el análisis ético relativo al tema de la experimentación con animales exige tener en consideración los otros usos que la sociedad hace de los animales y el sufrimiento al que los somete<sup>14</sup>.

La consideración del animal como cosa útil al desarrollo de otras actividades parece dar carta más o menos libre a la persona humana para hacer con el animal lo mismo que haría con cualquier otra cosa inanimada sujeta a su poder jurídico<sup>15</sup>.

En este concepto se enmarca, por ej., la sentencia del Tribunal de la Unión Europea del 19/3/1998, dictada en el caso *Compassion in World Farming*, que encuadra al animal en la categoría de "mercaderías", cuya base fáctica es la siguiente: Inglaterra prohibió la venta de terneros a otro Estado miembro donde serían engordados por un procedimiento prohibido en el Reino Unido<sup>16</sup>; la normativa inglesa se funda, precisamente, en el sufrimiento de los animales; la norma comunitaria no tenía esa severidad desde que se limitaba a *recomendar* que no se engorde a los animales con este método pero no lo prohibía expresamente. El tribunal hizo prevalecer el derecho de los países a la libre circulación de las mercaderías y decidió que Inglaterra no podía invocar la prohibición interna para restringir la exportación a otros Estados miembros en los que dicha prohibición no existía<sup>17</sup>. O sea, sobre los sufrimientos animales preponderó el carácter de mercancía de los terneros. Quizás, si la cuestión volviese a plantearse, la solución sería otra, desde que en el tratado de Lisboa, suscripto en el 2007, los países declaran que tendrán en cuenta plenamente "las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional".

De cualquier modo, adviértase que la fórmula transcrita implica que la protección a los animales queda desplazada por otros derechos del ser humano que se consideran más relevantes, como es, por ej., el derecho de expresar ideas religiosas, tal como surge de la sentencia de la Corte Federal de los EEUU, de 1993, en el caso *Church of the Lukumi Babalu Aye v/City of Hialeah*<sup>18</sup> en el que ese tribunal declaró inconstitucional unas ordenanzas de un condado de Florida que prohíban el sacrificio de animales cuya finalidad era, en realidad, restringir la libertad

---

<sup>13</sup> Ver arts. 2318, 2527, 2540 etc. del Código civil argentino.

<sup>14</sup> Un caso paradigmático es el de las gallinas ponedoras, colocadas una al lado de la otra, en lugares cerrados, sin espacio, con luz permanente, para aumentar la producción. La cuestión ha sido regulada en muchos países que, en general, acuden a la directiva 86/113 y sus ulteriores modificaciones; la última 1999/74 dispone que a partir del año 2012 no se podrá criar gallinas en establecimientos de este tipo. Para la situación en Italia ver Rescigno, Francesca, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, ed. Giappichelli, 2005, pág. 212; Travaglini, Franco, *Il benessere animale e il caso della gallina ovaioia*, en Mannucci, A. e Tallacchini, M. *Per un codice degli animali*, Milano, ed. Giuffrè, 2001, pág.177.

<sup>15</sup> Desmoulin, Sonia, *L'animal, entre science et droit*, Marseille, ed. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, pág. 41.

<sup>16</sup> Se trata de mantener los terneros en una jaula de escasas dimensiones desde las dos o tres semanas de edad hasta que cumplen cinco o seis meses y salen para el sacrificio (*feed lot*).

<sup>17</sup> Cit. por Muñoz Machado, Santiago y otros, *Los animales y el derecho*, Madrid, ed. Civitas, 1999, pág. 89.

<sup>18</sup> Ver traducción y selección de los textos de Gullco, Hernán V. en JA 1995-I-320.

religiosa de personas que practican la Santería, religión practicada por los esclavos africanos llevados a Cuba e introducida posteriormente en los EEUU por los que emigraron a ese país después de 1959; se estima que en el estado de Florida hay 50.000 fieles de esa religión, hoy prohibida en Cuba. Un caso similar fue resuelto en 2003 por el Tribunal Supremo español; con fundamento en el derecho a la libre expresión artística, la sentencia mandó *indemnizar* al director de una obra a quien la Generalitat de Cataluña había prohibido introducir en la representación de la ópera Carmen una escena en la que se mata realmente a un toro<sup>19</sup>.

Adviértase que la libertad de pensamiento y la libertad de expresión son instrumentos jurídicos fundamentales para el desarrollo de la investigación científica y técnica; se trata de libertades muy importantes, en tanto la ciencia se construye a través de conjeturas y refutaciones. Estas libertades, en cuanto tales, no puede ser objeto de restricciones; en cambio, sí puede serlo la *actividad* desarrollada cuando afecta derechos de terceros o intereses que el derecho estima relevantes.

La protección al ambiente viene produciendo cambios importantes en la materia; se abandona el antropocentrismo para advertir las importantes relaciones existentes entre la vida del ser humano y la de otros organismos vivientes<sup>20</sup>. Con esta nueva visión en la gran mayoría de los países se han dictaron leyes protectoras de la fauna silvestre, incluso de naturaleza penal.

Estas normas ambientales se aplican sólo a los animales silvestres y no a los llamados animales domésticos, solución paradójica, pero al mismo tiempo, muy expresiva de la evolución de las ideas sobre la relación hombre-animal y la protección de la naturaleza. Hasta no hace mucho tiempo, animales salvajes como el lobo o el zorro eran alimañas cuya destrucción se fomentaba. Hoy son especies protegidas.

La protección jurídica del animal doméstico ha circulado por otros carriles; las primeras leyes que sancionaron el trato cruel no protegían al animal en sí mismo, sino a la moral pública desde que el acto de crueldad sólo se penaba cuando era en público<sup>21</sup>.

De cualquier modo, actualmente el hombre medio se sorprende que el derecho trate al animal doméstico como un mero objeto del dominio de una persona. De allí el giro copernicano de los ordenamientos jurídicos de casi todo el mundo; sin caer en el extremo de decir que los animales son sujetos de derecho<sup>22</sup> ni que tienen los

---

<sup>19</sup> Citado por Jesús Mosterín, su prólogo a la obra de De Lora, Pablo, *Justicia para los animales. La ética más allá de la humanidad*, Madrid, ed. Alianza, 2003, pág. 13. Dice con razón el prologoista: "La libertad artística es la libertad de crear ficciones y nada tiene que ver con la libertad de torturar y matar de verdad". Cabe señalar que se salvó la vida del toro desde que la sentencia no autorizó a realizar el espectáculo y se limitó a indemnizar los daños sufridos por el productor del espectáculo.

<sup>20</sup> A vía de ej., ver Alder, John y Wilkinson, David, *Environmental Law and Ethics*, London, ed. MacMillan, 1999, pág. 56 y ss.

<sup>21</sup> Para la amplia protección que el D. Penal da a los animales ver, entre otros, Jeandidier, Wilfrid, *La protection pénale de l'animal*, en *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, Paris, ed. Litec., 1990, pág. 81 y ss. Para esta evolución en el derecho francés ver Marguénaud, Jean Pierre, *La personnalité juridique des animaux*, en *Recueil Dalloz* 1998, n° 20, 28/5/19698, pág. 205.

<sup>22</sup> Para los llamados "*derechos de los animales*", ver Posner, Richard A. *Animal Rights*, comentario al libro de Steven Wise, *Rattling the Cage: Toward Legal Rights for Animals*, en *The Yale Law Journal*, vol. 110, 2000 n° 3, pág. 527; Salt, Henry, *Los derechos de los animales*, trad. por Carlos Martín, Madrid, ed. La Catarata, 1999; Latorre Estrada, Emilio, *¿Tienen derecho los animales?* en Obra colectiva, *Lecturas sobre derecho del Medio Ambiente*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1999, t I, pág. 231/245; De Lora, Pablo, *Los animales como sujetos de derechos*, en Díaz, Elías y otros, *Estado, justicia, derechos*, Madrid, ed. Alianza, 2002, pág. 435; del mismo autor, *Justicia para los animales. La ética más allá de la humanidad*, Madrid, ed. Alianza, 2003; Singer, Peter, *Liberación animal*, trad. de Paula Casal,

mismos derechos que los humanos, lo cierto es que numerosas legislaciones de países desarrollados no regulan los animales conjuntamente con el régimen general de las cosas, sino como una tercera categoría<sup>23</sup>, y a través de leyes especiales.

Así, por ej., el art. 90 a del código alemán dice: "Los animales no son cosas. Están protegidos por leyes especiales. Las disposiciones acerca de las cosas se les aplicarán de forma análoga siempre y cuando no esté establecido de otro modo". Igual tendencia sigue el código suizo y el austríaco.

En Francia, el art. 8 de la ley del 10/7/1976 precisa que "todo animal tiene derecho a una alimentación, a cuidados y a condiciones ambientales adecuadas"<sup>24</sup>; además, el art. 9 de la ley dice: "Todo animal, por ser un ser sensible, debe ser colocado por su propietario en condiciones compatibles con los imperativos biológicos de su especie". Esa ley también incorporó al código penal francés el art. 511-2 que reprime las experiencias científicas practicadas sobre animales vivos fuera de las condiciones legales. Algunos proyectos tienden a profundizar las modificaciones<sup>25</sup>.

En las comunidades autónomas españolas también existe una profusa legislación protectora de los animales, etc.<sup>26</sup>

---

Valladolid, 1999; Bellver Capella, Vicente y otro, *El estatuto ético-jurídico de los animales. Revisión de la legislación española*, en Rev. General de Derecho, año L, n° 589/90, Oct-Nov. 1993, pág. 9633 y ss. Para el paso de la categoría de cosas a nuevas categorías jurídicas, ver Hattenhauer, Hans, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, trad. de Gonzalo Hernández, Barcelona, ed. Ariel, 1987, pág. 60; Aramini, Michele, *Introduzione alla bioetica*, Milano, ed. Giuffrè, 2001, pág. 494/504; D' Addino Serravalle, Paola, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, Napoli, ed. Scientifche italiane, 2003, pág. 34. Muñoz Machado, Santiago y otros, *Los animales y el derecho*, Madrid, ed. Civitas, 1999, pág. 15 y ss; en pág. 110, el autor español recuerda la posición de Kelsen frente a la cuestión: "La tesis de que los animales, las plantas y los objetos inanimados no son sujetos de derechos reflejos por no ser personas es equivocada, puesto que persona significa *sujeto* de derecho; y si por sujeto de un derecho reflejo se entiende al individuo en cuyo respecto ha de cumplirse la conducta del hombre obligado a ello, entonces los animales, las plantas y los objetos inanimados, a cuyo respecto hay hombres obligados a comportarse de determinada manera, serían en el mismo sentido sujetos de un derecho con relación a esas conductas, como el acreedor es sujeto de un derecho consistente en la obligación que su deudor tiene en su respecto" (Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de la 2° ed., de R Vernengo, México, ed. de la Universidad, 1982, pág. 141). Muñoz Machado aclara que con esta cita de Kelsen intenta explicar que la ciencia jurídica tiene dispuestas fórmulas alternativas igualmente eficaces a la de la personalidad, o la de los derechos subjetivos para la defensa y garantía de intereses dignos de protección designados por las normas. Específicamente para las conductas "comunitarias" de los animales, ver Caterina, Raffaele, *Dominanza e possesso (e proprietà?) in alcune società non umane*, en Riv. di diritto Civile, anno XLVI, 2000-3-499 y ss.

<sup>23</sup> Algunos autores sostienen que existe un tercer género de *personas*: junto a las personas humanas o físicas y las personas morales, están las personas primates, en cuya categoría se incluyen los gorilas y chimpancés (Ver Gomila Benejami, Antoni, *Personas primates*, en Gómez-Heras, José M., *Ética del medio ambiente*, Madrid, Tecnos, 1997, pág. 191).

<sup>24</sup> Cit. por Arnoux, Irma, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, Presses Universitaire de Bordeaux, 1994, pág. 43. La autora señala, sin embargo, que los animales no tienen personalidad jurídica (pág. 45). Para el régimen de los animales en el código civil francés y la necesidad de su reforma ver Antoine, Suzanne, *L'animal et le droit des bien*, en Recueil Dalloz, 2003, n° 39, pág. 2651. Esta autora redactó el informe sobre el régimen jurídico del animal para Francia del 2005; es presidente de la Cámara Honoraria de la Corte de Apelaciones de Paris y tesorera de la Liga francesa de los derechos del animal.

<sup>25</sup> Para la primera reforma de 1999, ver Antoine Suzanne, *La Loi n° 99-5 du 6/janvier 1999 et la protection animale*, en Recueil Dalloz, 15/4/1999 n° 15, pág. 167.

<sup>26</sup> Compulsar Gallego Domínguez, Ignacio, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, Barcelona, ed. Bosch, 1997, pág. 16/18.

Un dispositivo comunitario reciente muestra esta nueva tendencia al regular el llamado “*pasaporte comunitario para animales de compañía*”, entrado en vigor el 1/10/2004; en los próximos ocho años, los Estados miembros deberán introducir un aparato electrónico que permitirá identificar fácilmente al perro o gato y establecer que corresponde al que individualiza el mentado pasaporte.

En definitiva, pareciera que el animal no puede permanecer como un mero objeto, porque la demanda social exige una ética en materia de bienestar del animal. Los códigos civiles decimonónicos estaban de acuerdo con la moral de su época, pero aquella clasificación ya no se adecua a los principios de la ética moderna que tiende a asegurar el respeto por la vida animal<sup>27</sup>.

Esa misma ética ha penetrado en los laboratorios de experimentación<sup>28</sup>. Si en algún momento se pensó que el marco jurídico carecía de importancia, el progreso de la genética y de la biología ha mostrado su gran actualidad y la necesidad de afrontarlo de modo pleno y responsable<sup>29</sup>.

### 3. Las regulaciones jurídicas sobre uso de animales en los laboratorios. Orígenes

Inglaterra fue uno de los países pioneros en la regulación del uso de los animales en laboratorios. Los autores ubican el comienzo del debate *público y formal* en el Encuentro Anual de la *British Medical Association* (BMA) que tuvo lugar en Norwich en 1874. La asociación había invitado al científico francés Eugene Magnan a dar una conferencia sobre los efectos psicosociales del alcohol. Después de la conferencia, Magnan hizo una demostración pública que consistió en inducir la epilepsia en un perro con una inyección intravenosa. No hay constancias precisas sobre qué ocurrió en ese encuentro, pero se sabe que algunos miembros del público protestaron e incluso intervino un magistrado para evitar la continuación de la experiencia. La *Royal Society for the Prevention of Cruelty to Animals* hizo una denuncia contra Magnan y varios médicos presentaron pruebas en su contra.

En 1898, la *British Union for the Abolition of Vivisection*, propició la total abolición de estas prácticas<sup>30</sup>. Hoy la opinión mayoritaria coincide en excluirla cuando se pretende usarla sólo con fines didácticos<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Mme Suzanne Antoine ha presentado al Ministerio de Justicia el 10/5/2005 una propuesta de reforma al código civil francés para modificar los arts. 515 y ss del código civil francés, artículos que regulan el derecho de propiedad. En tal caso, la clasificación de los bienes sería tripartita: muebles, inmuebles y animales, y estos últimos se regulan como bienes protegidos (Para este tema, además del informe, ver Neyret, Laurent, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2006, n° 666).

<sup>28</sup> Bensoussan, Alain, *Les biotechnologies, l'éthique biomédicale et le droit*, Paris, ed. Hermes, 1995, pág 215 n° 8122.

<sup>29</sup> Francois Terré y Mme Dominique Fenouillet, cit. por Desmoulin, Sonia, *L'animal, entre science et droit*, Marseille, ed. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, pág. 29; Feijó, Anamaria, *Utilizacao de animais na investigacao e docencia: uma reflexao etica necessaria*, Porto Alegre, ed. Edipucrs, 2005, pág. 24.

<sup>30</sup> Para la evolución de la prohibición de vivisección en Italia, desde la primera ley de 1913 a la fecha, ver Rescigno, Francesca, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, ed. Giappichelli, 2005, pág. 191 y ss. El Frente de Liberación animal se opone a todo tipo de vivisección.

<sup>31</sup> Qué no se ha dicho sobre la vivisección? “Dado el carácter aleatorio de la psiquiatría, no se puede trazar una línea precisa de

## 4. El debate. Posiciones extremas

Existe un amplio espectro de activistas y defensores de los animales. Por un lado, está "la gente armada con explosivos, que se propone diezmar la población mundial en varios miles de millones para que los animales puedan andar libremente por todo el planeta"<sup>32</sup>. Estos grupos se oponen a que cualquier animal, en cualquier circunstancia, sea sometido a un experimento en un laboratorio. En esta línea, Salt considera que no hay que distinguir, y que tanto tortura el que usa el animal en un deporte como el investigador que no solo disecciona sino que realiza otro tipo de investigaciones con los animales a quienes hace sufrir<sup>33</sup>. Pero también hay activistas sensatos, que pretenden que los animales reciban un mejor trato, que no sufran en los criaderos y que, de ser utilizados en experimentos, sean cuidados escrupulosamente.

En el otro extremo están los que se oponen a toda protección de los animales en este ámbito; niegan, incluso, que los animales tengan sentido del dolor, del placer y de la muerte; afirman que la benevolencia para con los animales no humanos dificulta la solidaridad con los animales humanos e, incluso, es incompatible con ella. Así Carruthers<sup>34</sup>, profesor de la universidad de Sheffield, sostiene que el interés popular que hoy despiertan los derechos de los animales es reflejo de nuestra decadencia moral; así como Nerón tocaba la lira mientras ardía Roma, muchos occidentales se desviven por la suerte de los bebés foca mientras otros seres humanos son víctimas del hambre o de la esclavitud; en su opinión, no hay razón para dar a los animales mayor protección que la que disfrutan actualmente, en particular no hay razones morales para prohibir la cría industrial o la experimentación de laboratorios.

Dentro de esta posición se reprocha a los defensores de los animales no preocuparse por el número de animales muertos, ni por las condiciones en que mueren: "la muerte de un animal por ingestión de raticida es más desagradable que su destrucción en el laboratorio, tras haber sido anestesiado".

---

demarcación entre el sadismo y la esquizofrenia paranoica, no ausente, probablemente, en ningún vivisector" (Ruesch, Hans, *Imperatrice nuda. Una denuncia contro la crudele pratica della vivisezione*, cit. por Chiti-Batelli, Andrea, *Sperimentazione animale. Problema europeo. Per una centralizzazione e razionalizzazione della ricerca*, Padova, Cedam, 2005, pág. 77). En el siglo XVIII vivió Lazzaro Spallanzani, símbolo del vivisector insensible, siempre ávido de experiencias insensatas (Cit. por Desmoulin, Sonia, *L'animal, entre science et droit*, Marseille, ed. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, pág.129 n° 158).

<sup>32</sup> André Blake, un enfermo de 36 años, incapacitado por una enfermedad degenerativa, la ataxia de Friederich, que preside el grupo llamado "Enfermos graves a favor de la investigación médica", ha sido amenazado de muerte por defender la vivisección de ratones de laboratorio como condición indispensable en la lucha contra su enfermedad. Así lo relata Polly Toynbee, una periodista de The Guardian. El artículo está sintetizado en Ballesteros, Jesús, *Exigencias de la dignidad humana en la biojurídica*, en Ballesteros, J., y Aparisi, A. (edit). *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, Navarra, ed. EUNSA, 2004, pág. 50.

<sup>33</sup> Salt, Henry, *Los derechos de los animales*, trad. por Carlos Martín, Madrid, ed. La Catarata, 1999, pág. 89 (capítulo VII, La tortura experimental).

<sup>34</sup> Carruthers, P., *La cuestión de los animales. Teoría de la moral aplicada*, Cambridge University Press, 1995, cit. por Muñoz Machado, Santiago y otros, *Los animales y el derecho*, Madrid, ed. Civitas, 1999, pág. 78 y por Riechmann, Jorge, *La experimentación con animales*, en Casado, María (coord.) *Bioética, derecho y sociedad*, Madrid, ed. Trotta, 1998, pág.222.

## 5. Importancia cuantitativa de la cuestión

Los datos sobre los animales utilizados en laboratorios varían, pero son siempre elevados. A pesar de la dificultad en calcular el número total de animales usados en la investigación, algunos lo estiman entre 50 y 100 millones de animales.

Otros elevan la cantidad a 250 millones de animales; de tales experimentos, tan sólo el 10 % corresponde a la investigación científica en salud, el 30 % está destinado a la cosmética y el 60 % es empleado para ensayar armas letales<sup>35</sup>.

Conforme los considerandos de la directiva 86/609, en los años ochenta, se utilizaban en Europa anualmente unos 12 millones de animales en procedimientos científicos; este número es el 5% del sacrificio de animales en otras áreas (alimentación, uso para el trabajo, etc).

Se calcula que en 2003, en Gran Bretaña, fueron utilizados aproximadamente 2.72 millones

Quizás estos números motivaron que, como una especie de toma de conciencia<sup>36</sup>, se fijara el 24 de Abril como el Día Mundial del animal de laboratorio.

## 6. El argumento costo-beneficio y su incidencia en aspectos éticos

Uno de los criterios centrales ha sido siempre el de costo-beneficio, no en el sentido económico, sino en términos de conocimiento; o sea, qué conocimiento se ha obtenido a costa de los sufrimientos infligidos a los animales de laboratorio<sup>37</sup>.

Además, desde otra perspectiva, la investigación con animales tiene un costo económico elevado<sup>38</sup>; en muchos casos, ese costo se soporta con financiamientos públicos. De allí que la reiteración de experimentos que se

---

<sup>35</sup> Wulfsohn, Ester y Gómez Pérez, Carlos, *Bioética y experimentación con animales*, en Sorokin, Patricia (coordinadora) *Bioética: entre utopías y desarraigos*, Bs. As., ed. Ad Hoc, 2002, pág. 174. La primera es médica veterinaria de la Universidad de Bs. As.; el segundo ingeniero en Acuicultura, de la Universidad de Los Lagos, Chile. Datos similares se leen en Riechmann, Jorge, *La experimentación con animales*, en Casado, María (coord.) *Bioética, derecho y sociedad*, Madrid, ed. Trotta, 1998, pág. 233.

<sup>36</sup> Aramini, Michele, *Introduzione alla bioética*, Milano, ed. Giuffrè, 2001, pág. 493.

<sup>37</sup> Parmigiani, Francesco, *Animali, sperimentazione e diritto*, en Costanza, M (a cura di), *Oltre il diritto*, Padova, Cedam, 1994, pág. 145.

<sup>38</sup> Cuenta Polly Toynbee, columnista de *The Guardian* en artículo de opinión publicado en *El Mundo*, de España, del 12/12/1998 que "a la Ley de Procedimientos Científicos con Animales de 1986 se le han añadido 20 apéndices, entre procedimientos y disposiciones. La puesta en práctica de las condiciones impuestas por la ley ha supuesto un gasto de 1.000 millones de libras esterlinas a las universidades y centros de investigación. La burocracia que ha generado es monumental: los trámites para obtener un permiso se prolongan meses y, una vez concedido, es obligatorio presentar un informe mensual al Ministerio del Interior. Para poner en marcha un proyecto de investigación es necesario tramitar tres permisos, y todas las personas involucradas -los cuidadores, titulados y con formación especial, un veterinario siempre disponible durante los experimentos, y los científicos que participan en el estudio- deben hacer cursillos obligatorios y aprobar un examen. Concluye: "Es perverso que el principal objetivo de estos activistas de los derechos de los animales sea la ciencia, precisamente el ámbito en el que hay una mayor justificación moral para la muerte de animales". La opinión de Polly Toynbee es recordada por Ballesteros, Jesús, *Exigencias de la dignidad humana en la biojurídica*, en Ballesteros, J., y

sabe positivamente inútiles encuentra otro obstáculo adicional. Para evitar costos y sufrimientos inútiles se propicia dar información de las experiencias fracasadas e, incluso, tener un órgano nacional, y por qué no regional, que concentre y distribuya la información<sup>39</sup>.

## 7. Algunas reglas básicas de los sistemas jurídicos actualmente vigentes

La ambivalencia antes expuesta también se refleja en las fuentes normativas.

Por un lado, los protocolos y otras regulaciones relativas a la investigación biomédica imponen los ensayos con animales como una verdadera obligación a cumplir en forma previa a la investigación y utilización de ciertos productos en humanos; así, según el Código de Núremberg, cualquier experimento hecho en seres humanos "debe ser diseñado y basado en los resultados de investigación animal". La Declaración de Helsinki, adoptada en 1964 por la XIII Asamblea Médica Mundial y revisada en cinco ocasiones, cita también que la investigación médica en sujetos humanos "debe estar basada en pruebas de laboratorio adecuadamente realizadas y en experimentación con animales". En la misma línea, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) expresó en su XI Reunión Interamericana de 1980: "los países que han logrado un gran avance en el control de las enfermedades humanas y animales son aquellos que han establecido entidades que se dedican al mejor desarrollo de la Ciencia de los Animales de Laboratorio"<sup>40</sup>.

Por el otro, hay una tendencia creciente a reducir la utilización de los animales al mínimo posible compatible con la validación científica. La importancia que se concede al bienestar animal está evolucionando en función de consideraciones de índole ética, convertido ahora en una «actitud cultural» para la sociedad europea. Dice Marta Nussbaum<sup>41</sup>: "Los teóricos de la tradición kantiana entienden que no tenemos deberes morales hacia los animales, y si los tenemos, son deberes de caridad o compasión, no deberes de justicia. Esta mirada parece hoy insuficiente. Nuestras opciones afectan la vida de las especies no humanas causándoles enormes sufrimientos. Los animales no son sólo parte del mobiliario decorativo del mundo; ellos son seres activos, tratando de vivir su vida, y nosotros, frecuentemente, nos cruzamos en el mismo camino. Esto parece ser un problema de justicia, no solo de caridad".

Ahora bien, cabe aclarar que salvo los grupos fundamentalistas a los que se ha hecho referencia, a nadie se le ha ocurrido decir que los derechos de los animales son los mismos que los derechos de las personas humanas. Hay derechos que parecen incompatibles con la naturaleza del animal y sus sensibilidades, como por ej., el derecho

---

Aparisi, A. (edit). *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, Navarra, ed. EUNSA, 2004, pág. 50.

<sup>39</sup> Ver especialmente Chiti-Batelli, Andrea, *Sperimentazione animale. Problema europeo. Per una centralizzazione e razionalizzazione della ricerca*, Padova, Cedam, 2005. El autor propicia la creación de un Instituto Central Europeo de experimentación animal.

<sup>40</sup> Rodríguez Yunta, Eduardo, *Ética de la investigación en modelos animales de enfermedades humanas*, en *Acta Bioethica* 2007 13(1) On-line ISSN 1726-569X; *Acta bioeth.* vol.13 no.1 Santiago, Junio 2007.

<sup>41</sup> *Frontiers of justice*, 2006, Cap. 6: Beyond compassion and humanity. Justice for nonhuman animals.

al honor, etc. En realidad, el derecho del animal cuyo reconocimiento se busca es el de no ser maltratado, torturado o tratado con crueldad.

Es a este derecho básico que va dirigida la Declaración universal de los derechos de los animales aprobados por la Unesco en setiembre de 1977 y por la ONU en 1978<sup>42</sup>. Entre otras normas, la Declaración dice: “Artículo 2. Todo animal tiene: (a) derecho al respeto; (b) El hombre, en tanto que especie animal, no puede atribuirse el derecho de exterminar a otros animales, o de explotarlos violando este derecho. Tiene la obligación de poner sus conocimientos al servicio de los animales; (c) Todos los animales tienen derecho a la atención, a los cuidados y a la protección del hombre” El art. 3 dice: (a) Ningún animal será sometido a malos tratos ni actos de crueldad; (b) Si es necesaria la muerte de un animal, ésta debe ser instantánea, indolora y no comportará angustia alguna para la víctima. Artículo 8: (a) La experimentación animal que implique un sufrimiento físico o psicológico es incompatible con los derechos del animal, tanto si se trata de experimentos médicos, científicos, comerciales, o de cualquier otra forma de experimentación; (b) Las técnicas alternativas deben ser utilizadas y desarrolladas.

Por el otro, la Europa comunitaria legisló a través de la directiva 86/609/CEE sobre “la protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos”; los autores coinciden en que la directiva está desfasada; la prueba de este aserto es que su base científica remonta a más de 20 años.

Este desfasaje ha motivado una propuesta de reforma de noviembre 2008, cuyos considerandos dejan en claro que la directiva no logró armonizar las prácticas europeas. “Debido a ello, los establecimientos de aquellos países que aplican normas estrictas en materia de bienestar de los animales se encuentran en desventaja competitiva, principalmente, a causa de las divergencias entre los procedimientos y criterios reglamentarios que dan pie a plazos y costes variables para los proyectos, a condiciones insatisfactorias para los investigadores, y a obstáculos para la movilidad horizontal y entre las universidades y el sector privado. Los criadores y suministradores de animales de experimentación padecen problemas similares”.

La propuesta confirma la estrategia global de la Comisión que pretende, entre otras cosas, “intensificar la promoción de la elaboración, validación, aceptación y aplicación de métodos alternativos, y proporcionar una base sólida para la plena aplicación del principio de *reemplazar (o sustituir), reducir y refinar (o perfeccionar)* en la experimentación con animales (conocido como el «principio de las tres R»: *Replacement, Reduction and Refinement*)”. El principio fue formulado por Russell y Burch en 1959<sup>43</sup> y significa: (a) *reducción* del número de animales utilizados; (b) *refinamiento* de las técnicas para minimizar el malestar y dolor de los animales; (c) *Reemplazo* de los animales mediante la utilización de métodos alternativos.

De cualquier modo, se deja en claro que la utilización de animales en procedimientos científicos sigue siendo fundamental para garantizar la seguridad de los seres humanos, los animales y el medio ambiente, y para hacer avanzar los conocimientos que conducirán a mejorar la salud y el bienestar de humanos y animales.

También contiene argumentos sólidos a favor de la necesidad de diferenciar la utilización de animales en función de las especies, en particular en relación con su proximidad genética con los seres humanos. Por

---

<sup>42</sup> Muñoz Machado, Santiago y otros, *Los animales y el derecho*, Madrid, ed. Civitas, 1999, pág.76.

<sup>43</sup> *The Principles of Humane Experimental Technique* (www.altweb.jhsph.edu/publications).

consiguiente, y en consonancia con compromisos anteriores, introduce disposiciones específicas para reducir al mínimo la utilización de primates. De tal modo, se impone un análisis estricto de cada caso particular y que se acredite que los primates son la única especie idónea. Además, se prevén mecanismos de seguimiento para garantizar la eficacia de las medidas propuestas que, en última instancia, facilitan el camino hacia la abolición de la utilización de primates en procedimientos científicos.

En el mismo año 1986, se firmó en Estrasburgo, el Convenio Europeo n° 123 sobre "Protección de los animales vertebrados utilizados con fines experimentales y otros fines científicos". El preámbulo reconoce que el hombre tiene la obligación moral de respetar a todos los animales y de tener debidamente en cuenta su capacidad de sufrimiento y memoria; a su vez, acepta que, en su búsqueda del conocimiento, la salud y la seguridad, el hombre tiene necesidad de utilizar animales cuando haya una esperanza razonable de que el resultado redunde en progreso del conocimiento o en beneficio general del hombre o del animal, por la misma razón, que los utiliza como alimento, vestido y bestias de carga; declara la voluntad de limitar la utilización de los animales con fines experimentales y otros fines científicos, con objeto de sustituir esa utilización siempre que sea posible, en particular, mediante la búsqueda de métodos alternativos y fomento de su aplicación. El art. 2 dispone que: (a) "Sólo podrá practicarse un procedimiento con uno o más de los siguientes fines y con sujeción a las restricciones establecidas en el presente Convenio: (i) Prevención de enfermedades, mala salud u otras anormalidades, o de sus efectos en el hombre, los animales; vertebrados o invertebrados o las plantas, incluidos los ensayos de calidad, de eficacia y de seguridad de medicamentos, sustancias o productos y su producción; (ii). Diagnóstico o tratamiento de enfermedades, mala salud u otras anormalidades, o de sus efectos en el hombre, los animales vertebrados o invertebrados o las plantas; b) Detección, evaluación, regulación o modificación de las condiciones fisiológicas en el hombre, los animales vertebrados o invertebrados o las plantas; (c) Protección del medio ambiente; (d) Investigación científica; (e) Educación y formación; (f) Investigaciones forenses.

Otro instrumento de significativo valor es la Recomendación de la Comisión del 18 de junio de 2007 sobre las "líneas directrices relativas al alojamiento y al cuidado de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos", que explica y completa los principios básicos establecidos en el artículo 5 de la Directiva 86/609/CEE.

## 8. Particularidades del animal transgénico

En los últimos años, y debido sobre todo al enorme avance en los conocimientos sobre las bases moleculares de las enfermedades, ha surgido la necesidad de disponer de modelos genéticamente definidos, es decir, modelos en los cuales las mutaciones genéticas que predisponen o participan en el desarrollo de la enfermedad puedan ser controladas. Esta necesidad, unida al gran avance en tecnología para la manipulación genética en mamíferos, ha conducido al desarrollo de modelos animales modificados genéticamente<sup>44</sup>. El primer ratón transgénico de

---

<sup>44</sup> Para una historia sintetizada del uso de animales transgénicos, su uso y logros en la medicina, ver Arnoux, Irma, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, ed. Presses Universitaires de Bordeaux, 1994, pág. 46 y ss. Para las transacciones comerciales sobre

laboratorio se remonta a 1974, llamado Ratón de Brinster; actualmente existen unas 1.000 razas de ratones *knock-out*; un ratón *knock-out* es un animal mutante que carece de la expresión específica de un gen, eliminado por mutación dirigida<sup>45</sup>.

En el ámbito jurídico estas especies han producido un gran debate en el ámbito de la propiedad industrial<sup>46</sup>; aunque la regulación parece decididamente inclinada a la patentabilidad, los debates éticos no están extinguidos. Bernard Edelman dijo que “habiendo optado por reconocer el animal como objeto de propiedad intelectual hemos entrado en la era del artificio; fabricamos todo: plantas, animales; inventamos todo; hasta cerdos que poseen algunas costeletas de más. Occidente ha realizado su antiguo fantasma de manejar la naturaleza, y la naturaleza manejada ha perdido su sentido”. Por su parte, Marie A. Hermitte señala que “la calificación del animal como invento patentable está en el corazón de un conflicto de civilización”. Y se pregunta: ¿Todo debe obedecer a la lógica industrial?<sup>47</sup>

Tampoco hay que descartar para el futuro la posibilidad de fabricar animales transgénicos para tener órganos que resulten más compatibles para los trasplantes, pero como es bien conocido, este uso genera dilemas éticos conexos difíciles de superar<sup>48</sup>.

## 9. El uso de los animales para el control de calidad de productos de la industria no vinculada ni a alimentos ni a salud

Al parecer, la práctica de testear los cosméticos en animales comenzó en 1933 cuando una mujer norteamericana usó una máscara para oscurecer sus pestañas. Los ojos se le quemaron, quedó ciega, y murió. Después de este accidente, en 1938, la *Food and Drug Administration* propició el dictado de una ley para proteger al público de los productos cosméticos riesgosos.

La tendencia mayoritaria es eliminar el test de naturaleza toxicológica por la gravedad de la tortura que se inflige al animal y que no parece balancear positivamente los beneficios obtenidos<sup>49</sup>, no sólo en el ámbito de los cosméticos<sup>50</sup>, sino en el de todos los productos químicos ajenos al campo de los medicamentos y de los productos de la alimentación. El escandaloso número de animales sacrificados se debe, según algunos, a la creciente

---

estos animales, ver Desmoulin, Sonia, *L'animal, entre science et droit*, Marseille, ed. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, pág. 66 y ss.

<sup>45</sup> Compulsar Costa, Patrizia, *La transgenesi animale tra speranze scientifiche e problematiche etiche*, en Mannucci, A. e Tallacchini, M. *Per un codice degli animali*, Milano, ed. Giuffrè, 2001, pág. 251.

<sup>46</sup> Desmoulin, Sonia, *L'animal, entre science et droit*, Marseille, ed. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, pág. 91 y ss n° 97/154.

<sup>47</sup> Citados por Desmoulin, Sonia, *L'animal, entre science et droit*, Marseille, ed. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, pág. 111 n° 126.

<sup>48</sup> Ver Romeo Casabona, Carlos M. (coordinador) *Los xenotrasplantes. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Granada, ed. Comares, 2002. Prólogo al libro escrito por el coordinador.

<sup>49</sup> Lecaldano, Eugenio, *Bioética. Le scelte morali*, Roma, ed. Laterza, 2007, pág. 350.

<sup>50</sup> En Europa, después de sucesivas reglamentaciones y prórrogas de plazos, el uso de animales para la investigación de cosméticos quedará absolutamente prohibido en el año 2012.

“quimización” de la vida cotidiana en las sociedades industrializadas. Nuestros cuerpos entran cada día en contacto con miles de sustancias químicas, inéditas en la naturaleza, que las industrias del ramo lanzan al mercado, a menudo sin tener ni idea de la posible toxicidad. Los experimentos con animales intenta reducir esa incertidumbre, pero solo lo consiguen en parte”<sup>51</sup>.

## 10. Contenidos mínimos para una ley reguladora del uso de animales en laboratorios

En general, las normas reguladoras de la materia son de un gran casuismo. Independientemente de estos detalles, que deben ser proporcionados por los técnicos, se entiende que una ley base debe condicionar la investigación con animales a los siguientes recaudos mínimos<sup>52</sup>:

- a. Inexistencia de otra alternativa;
- b. Minimizar el sufrimiento del animal;
- c. Exigir objetivos claros en cada proyecto que autorice el uso de animales; los animales pueden ser utilizados para trabajos que tengan por finalidad el mejoramiento de la salud humana y animal; no pueden ser utilizados para testear el control de calidad de productos que no tienen por finalidad esa salud;
- d. Evitar la repetición de trabajos<sup>53</sup>;
- e. Obligar a una detallada y completa publicación de los resultados;
- f. Generar medidas eficaces para la instrucción y capacitación del personal profesional y técnico de los laboratorios y bioterios;
- g. Establecer buenas prácticas de sujeción, inyección, analgesia, anestesia y eutanasia;
- h. Regular las condiciones de alojamiento;
- i. Proteger en el máximo posible el uso de la fauna silvestre<sup>54</sup>;
- j. Prever reglas que individualicen a los responsables del incumplimiento de estas normas<sup>55</sup>;
- k. Establecer comités de ética, centralizados o no, que controlen el cumplimiento de las reglas existentes y desarrollen nuevas conforme el avance científico.

---

<sup>51</sup> Riechmann, Jorge, *La experimentación con animales*, en Casado, María (coord.) *Bioética, derecho y sociedad*, Madrid, ed. Trotta, 1998, pág. 232.

<sup>52</sup> Llamativamente, se trata de reglas fueron formuladas por la doctrina hace mucho tiempo; la mayoría de ellas fueron señaladas por Marshall Hall, que vivió entre 1790–1857. Todos estos presupuestos aparecen claramente desarrollado en el informe redactado por el Nuffield Council on Bioethics sobre “The ethics of research involving animals”. Ver también Rodríguez Yunta, Eduardo, *Ética de la investigación en modelos animales de enfermedades humanas*.

<sup>53</sup> En tal sentido, debe contener reglas concretas. Así, por ej., la ley del Brasil de 2008 establece: Art. 13. 3º Sempre que possível, as práticas de ensino deverão ser fotografadas, filmadas ou gravadas, de forma a permitir sua reprodução para ilustração de práticas futuras, evitando-se a repetição desnecessária de procedimentos didáticos com animais.

<sup>54</sup> Así, por ej., un proyecto existente en el parlamento argentino dice: “Queda prohibida la utilización de animales silvestres capturados en su hábitat si existen animales apropiados y disponibles criados en cautiverio”.

<sup>55</sup> Por eso, hoy se habla de la “cuarta R”, la de la “responsabilidad” o control (Ver Tessa Ercoli, en AV, *Per un codice degli animali*, Milano, ed. Giuffrè, 2001, pág. 209).

“La existencia legal de toda persona principia al nacer”:

una nueva lectura para una vieja norma\*

[publicado en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, 56, 2010, pp. 311-326]

Hernán Corral Talciani

Profesor de Derecho Civil y exDecano

Facultad de Derecho Universidad de los Andes

## I. Saludos y planteamiento del tema

Es un honor muy señalado para el profesor que les habla poder dirigir estas palabras a ustedes, en esta histórica y prestigiosa Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, cuya Escuela de Derecho es ya casi centenaria, y de la cual han salido tantos maestros y tantas generaciones de abogados. Con solo limitarme a mi disciplina, el Derecho Civil, me conmueve recordar en este auditorio a quien fuera – y sigue siendo a través de sus obras– uno de los mejores exponentes de la civilística nacional: don Vittorio Pescio, por cuya figura mantengo un profundo aprecio y a quien consulto habitualmente para preparar mis clases y mis estudios. A él puede agregarse una pléyade de catedráticos a los que no quisiera nombrar por el peligro de omitir injustamente a alguno, pero que sin duda han conformado uno de los centros académicos más constructivos en la literatura jurídica del siglo XX. Hoy en día, juristas jóvenes que se han incorporado al cuerpo docente y a la dirección de la Facultad, están procurando que esa tradición de excelencia, de ilusión por el cultivo científico de nuestra jurisprudencia, la *prudentia iuris*, siga manteniéndose viva en estos claustros.

Para ello es fundamental el apoyo, la comprensión y el entusiasmo de las nuevas generaciones de alumnos, por lo que me alegró saber que esta conferencia está dedicada principalmente a estudiantes que están dando sus primeros pasos en la carrera. Espero que mis

---

\* El texto recoge la conferencia dictada en el acto de inauguración del año académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso el día 23 de abril de 2009.

palabras puedan estimular en ustedes la alegría del intercambio de ideas, de la construcción de soluciones innovadoras y creativas, y contribuir a remover esa concepción arcaizante de que el estudio del Derecho consiste en memorizar textos o doctrinas ya asentadas e indiscutibles y que la profesión consiste en repetir las con la mayor destreza persuasiva ante un juez. No: el Derecho está siempre en constante construcción, y si bien la memoria y el examen de los textos y del pensamiento jurídico acumulado, son necesarios, como bien lo expone el profesor Pescio en la famosa nota de advertencia de su Manual de Derecho Civil – no seré yo quien lo niegue–, lo son como medios para una reflexión crítica y para la búsqueda de nuevas comprensiones de los problemas jurídicos y de más y mejores soluciones. Ustedes, ya desde sus primeros años, están llamados a pensar por sí mismos, con fundamentos, con atención al texto legal y a las opiniones ajenas, pero buscando siempre lo que mejor pueda satisfacer esos grandes ideales que deben inspirar a los juristas, y sobre todo, a los jóvenes: el bien común, la justicia, la solidaridad y la paz social, la protección de los más débiles y vulnerables.

En este sentido, he querido desarrollar un tema que, creo, demuestra que pueden realizarse intentos de remozamiento y modernización del Derecho incluso con textos legales antiguos y que cuentan con una doctrina prácticamente unánime y diríamos que casi indiscutida. Y ello sin recurrir al fácil expediente al que son dados los políticos y los activistas ideológicos: hay que cambiar la ley... Existe un modo en que puede cambiarse el Derecho, sin cambiar la ley, incluso más: respetando mejor el sentido genuino y al espíritu de la ley. Ese modo es lo que llamamos interpretación, que ustedes también deben aprender desde sus primeras clases.

La norma en la que quiero fijarme esta tarde es la del artículo 74 de nuestro célebre Código Civil, aprobado en 1855 y en vigor desde el 1º de enero de 1857. Este precepto no ha sido modificado desde entonces, cuenta pues con más de 150 años de ininterrumpida vigencia. Su texto dice así: “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”.

A primera vista el tenor gramatical de la disposición parece claro: si la existencia legal de toda persona principia al nacer, significa que es el hecho del nacimiento el que determina el

comienzo de la personalidad. Por lo tanto, la criatura ya concebida pero aún no nacida, no es persona, al menos para el Código Civil.

Así lo afirma nuestro más afamado civilista, don Luis Claro Solar: “Distingue el Código entre la existencia natural y la existencia legal de la persona. Aquella principia con la concepción; pero es sólo el nacimiento el que determina la personalidad legal...” (*Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, reimp. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1992, t. I, N° 408, p. 216). El mismo profesor Pescio señala que “Nacido el individuo, existe legalmente: es persona” (*Manual de Derecho Civil*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1950, t. III, p. 21)

Y esta doctrina es admitida incluso por autores recientes, como mi amigo y colega en la Universidad de los Andes, Alberto Lyon, que escribe que si bien la vida comienza con la concepción, el Código “le atribuye [al concebido] la condición de ‘persona’ desde el momento de la separación completa de la madre”, es decir, desde que nace (*Personas naturales*, Ediciones Universidad Católica, 3ª edic., Santiago, 2007, p. 36).

## II. El Derecho es interpretación

Antes de abocarnos al tema concreto, necesito poner de manifiesto, como presupuesto previo, algunas ideas sobre la relevancia de la interpretación en el método jurídico.

Hoy día se admite generalmente que las pretensiones del positivismo exegético del siglo XIX en el sentido de que las leyes, siendo claras, no necesitan que el juez ni nadie las interprete, sino que deben ser mecánicamente aplicadas a los hechos según su tenor literal y la intención manifiesta del legislador, no sólo son erróneas, sino que incluso no son reales.

Las nuevas concepciones sobre el razonamiento jurídico (principalmente las corrientes hermenéuticas) han puesto de relieve que no es posible la aplicación de una norma a un caso, por clara que aquella sea, que no necesite de un proceso previo de comprensión y de valoración por parte del juez. Es decir, que no puede haber derecho sin interpretación. Y esto por cuanto las reglas y normas son mensajes lingüísticos que se manejan de acuerdo a los estándares de la comunicación entre personas. Cuando alguien lee un texto necesita para comprenderlo un conocimiento previo (unas preconcepciones o prejuicios) sobre quién es el autor, cuál es el

contexto en el que se inserta, cuál es la finalidad de la comunicación, qué circunstancias rodean el mensaje, etc.

Por poner un ejemplo un poco burdo, pero gráfico. Si yo ahora les pido que me interpreten el siguiente texto: “Todos los hombres son iguales”, probablemente me contestarán que estoy aludiendo al principio jurídico de igualdad, a la prohibición de discriminación, incluso más de alguno – o más de alguna– me reprochará que estoy ocupando la palabra “hombres” incluyendo a las mujeres, lo que puede tener un sesgo sexista, etc. Pero todas esas posibles “lecturas” o interpretaciones se vendrían al suelo, si yo les dijera que la expresión “todos los hombres son iguales” la ha emitido una novia despechada que acaba de sorprender a su enamorado en flagrante infidelidad.

Como ven, los textos en sí mismos no pueden ser comprendidos sin un conjunto de circunstancias que les confieren significados diversos.

De allí que la regla legal no pueda aplicarse sin que sea objeto de una interpretación. Si un reglamento de copropiedad contiene la disposición de que en un edificio no se admiten perros ni gatos, podría suscitarse un problema de interpretación si un vecino tiene como mascota un puma. Pero más complejo aún, ¿deberá aplicarse también al copropietario ciego que necesita un perro lazarillo?

Todo esto lo expongo ante ustedes para que no se sorprendan que un texto legal pueda cambiar de interpretación según el contexto histórico y las circunstancias. Es más, puede sostenerse que, para ser fiel al espíritu y la finalidad del legislador, es necesario a veces llegar a una interpretación que se aleje del sentido meramente gramatical. Por ejemplo, el art. 574 del Código Civil señala que cuando en alguna ley o contrato se utiliza la expresión “muebles de una casa” no quedan comprendidos, entre otras cosas, “los carruajes”; pues bien, nadie discutirá que en nuestra época una correcta interpretación de la norma, más fiel a su genuino sentido, aunque no apegada al tenor literal, será que se excluyen los vehículos motorizados.

Si asumimos, entonces, que toda regla legal debe ser interpretada en la época en la cual va a ser aplicada, ¿cuál debe ser la interpretación que cabe hacer ahora, en el contexto jurídico, constitucional, internacional, de derecho civil moderno, de la expresión normativa “la existencia legal de toda persona principia al nacer”?

### III. Una nueva lectura para la norma

Adelanto desde ya la respuesta que quisiera proponer a vuestra consideración: cuando el art. 74 del Código se refiere a “existencia legal” no alude al comienzo de la personalidad, sino sólo a la capacidad patrimonial, es decir, a la aptitud para adquirir derechos de carácter económico o avaluables en dinero.

Es esta cualidad de la persona, la capacidad patrimonial, la que la ley civil conecta al hecho del nacimiento y no el comienzo jurídico de la personalidad. El inicio de la personalidad es anterior, ya que, conforme al mismo Código, debe conectarse al instante previo de la concepción del nuevo ser humano. Hay que distinguir dos conceptos que son diferentes en el Código: 1) el comienzo de la persona y de la personalidad propiamente tal, y 2) el inicio de un aspecto de ella, cual es la consolidación de la capacidad patrimonial. Es esta última la que el Código denomina “existencia legal” y la posterga hasta el nacimiento.

Pero la persona comienza desde que existe un individuo de la especie humana como dispone el art. 55 del Código Civil, y ello que ocurre desde el mismo instante en que el espermio penetra la membrana del ovocito y se consuma el proceso de fecundación o concepción.

Veamos si esta tesis es sustentable con argumentos de *lege lata*, es decir, como interpretación del Derecho vigente, y no como una propuesta de *lege ferenda* (de reforma del texto legal).

Para ello seguiremos los criterios que el mismo Código Civil nos ofrece para guiar el proceso de interpretación en los arts. 19 a 24. Dejemos en claro que no compartimos la posición que alguna vez fuera dominante, en el sentido de que estos preceptos obligan al intérprete a realizar una comprensión literal o gramatical del texto, y a detenerse allí si este le resulta suficientemente claro. De este modo, se decía que el art. 19, al indicar que si el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, consagraba la teoría de la interpretación gramatical o exegética. Sólo cuando el texto de la ley presentaba oscuridades era lícito acudir al espíritu de la ley, a su historia, a la armonía entre sus partes, a su confrontación con otras leyes sobre el mismo asunto. Por fin, si aún no se daba con una interpretación satisfactoria, podía recurrirse en último extremo al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Es la teoría de los cuatro elementos: gramatical, lógico, histórico y

sistemático, que tomó Claro Solar de von Savigny, como una manera didáctica de entender los preceptos pero que la doctrina posterior convirtió en un dogma que hasta hoy sigue imperando en tribunales y en las aulas. No obstante, la doctrina más moderna, a partir de Fernando Fueyo, y siguiendo por Carlos Ducci, por Guzmán Brito y por Fernando Quintana, ha hecho ver que paradójicamente se trata de una errónea interpretación de los artículos que pretenden regular el proceso interpretativo. Su yerro parte por malentender el texto el art. 19, que no dice que si el tenor literal de la ley es claro no pueda recurrirse al espíritu y demás elementos, sino algo muy distinto: que si el “sentido de la ley es claro, no cabe cambiar ese sentido pretextando un espíritu ajeno a él. ¿Pero cómo se determina el sentido de una ley? pues, justamente recurriendo a todos los criterios que menciona el Código de manera conjunta y armónica y sin prioridades mecánicas: la finalidad o razón de la ley, la historia de su establecimiento, el contexto interno de la ley, el contexto externo, los principios y el espíritu de todo el sistema jurídico: la legislación nacional, y la justicia concreta del caso, que es la equidad natural.

Dicho lo anterior, recorramos estos criterios para ver si nuestra tesis puede ser considerada una interpretación correcta, y mejor que la tradicional, del art. 74 del Código Civil.

#### IV. Los argumentos

##### a) La razón o espíritu de la ley

El art. 19 inc. 2º dice que bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu. El espíritu o intención de la ley es el propósito o finalidad de la norma. El para qué de la disposición legal.

La finalidad debe servir para desentrañar su correcto sentido. La prohibición de tener perros en un edificio tiene una finalidad muy clara, que nos sirve, por ejemplo, para descartar que se trate de perros de peluche, o incluso de perros guías de personas discapacitadas. El espíritu nos ayuda a fijar el sentido de la palabra “perros”.

En este caso, debemos preguntarnos qué quiere la ley al prescribir que la “existencia legal de la persona principia al nacer”. ¿Será negar el estatuto de persona, tal como entendemos hoy este concepto, al ser humano que está en el vientre materno? La respuesta debe ser negativa.

Todo lo contrario, el artículo siguiente al 74 que supuestamente negaría el inicio de la personalidad en la concepción, señala que la ley protege la vida del que está por nacer, y faculta al juez para tomar, de oficio o a petición de cualquier persona, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger “la existencia” del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra (art. 75 CC).

Queda patente que el art. 74 no ha tenido por objeto negar que el ser humano concebido es ya sujeto de derechos, y de aquellos más relevantes como el derecho a la vida y a su salud. No puede haber sido el espíritu de la ley el rebajar o disminuir la protección jurídica del concebido, otorgándole un estatus jurídico de inferior intensidad tutelar si la norma que le sigue enfatiza y subraya dicha protección.

El propósito del art. 74, al señalar como inicio de la existencia legal el nacimiento y regular tan pormenorizadamente desde cuándo la criatura se entiende nacida, se revela al poner en relación dicho artículo con el art. 77. Este precepto explica la razón del art. 74. Se trata de solucionar el problema de los derechos patrimoniales, de carácter económico, principalmente sucesorios, que se defieren (es decir, se generan) a favor de una criatura que todavía no ha nacido. Es el típico problema del hijo póstumo: el padre ha muerto y su herencia ha sido abierta, ¿es heredero el hijo que a la fecha de la muerte está todavía en proceso de gestación en el seno de su madre? La solución, basada en antecedentes históricos, es la suspensión del ejercicio de dichos derechos a la espera del nacimiento. Si la criatura nace y sobrevive un momento siquiera a la separación de su madre, “entra el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron” (art. 77 CC). Es decir, los derechos los adquiere el concebido al momento en que se defieren (al morir el padre), pero su “gocé” (ejercicio) se suspende hasta el nacimiento. Pero una vez ocurrido esto, la realidad se restablece: “el gocé” se retrotrae a la fecha en que los derechos se le defirieron (por ejemplo, el niño tiene derecho a los frutos producidos desde el momento de la muerte de su padre hasta que nace).

¿Pero qué ocurre si el embarazo se malogra y el niño no llega a nacer? Aquí viene la verdadera excepción. Dice el art. 77 que en tal caso “pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”. O sea, entre herederos del padre ya no se incluirá a su hijo que no llegó a nacer, sino que serán sólo sus ascendientes y su cónyuge. La ley entiende que no es práctico ni funcional reconocer como adquirente de derechos económicos a alguien que

no va a poder ejercerlos nunca. Además, pretende evitar los litigios sucesorios que se podrían suscitar con respecto a la fecha o data de la muerte del concebido en el vientre de la madre para determinar así quiénes serían los herederos de este niño no nacido. La solución más práctica es “hacer como”, (se trata de una verdadera ficción legal), que el concebido no ha existido. Pero todo ello referido a los derechos patrimoniales. Porque ese *nasciturus* que muere en el vientre o al nacer es reconocido como persona, prueba de lo cual es que sus restos deben ser inhumados y que se regula la licencia para su sepultación (art. 49 LRC).

La *ratio* del art. 74 es clara entonces: no trata de infratutelar los derechos de la personalidad o de familia del concebido (lo que se produce necesariamente en nuestro lenguaje jurídico actual si se niega al concebido el carácter de persona), sino de establecer una regla para solucionar el problema de los derechos patrimoniales que puedan corresponder a la criatura si no llega a nacer y muere con anterioridad al nacimiento.

#### b) La historia del establecimiento de la ley

Si recurrimos a la historia del establecimiento de las reglas del Código Civil nos encontraremos con una confirmación de que la norma del art. 74 sólo tiene que ver con los derechos patrimoniales y en función de lo que dispone el art. 77. Estas normas provienen del antiguo aforismo que, sobre textos romanos, formularon los glosadores de la Universidad de Bolonia: aunque no sabían nada de genética, ni de cromosomas, ni tenían claro desde cuándo había un nuevo ser humano en la concepción, ellos afirmaron, siempre para temas patrimoniales, que *conceptus pro iam nato habetur*, al concebido se le trata como nacido para todo aquello que le favorezca.

Incluso puede decirse que Bello fue más generoso con la regla porque determinó que bastaba la separación completa de la madre y la sobrevivencia aunque sólo fuera por un momento del recién nacido, para reconocerle el ejercicio de los derechos patrimoniales que se le hubieren dejado mientras estaba en gestación. Rechazó algunas restricciones que tenían Códigos de la época como la de tener forma humana (Código Español), haber sido bautizado, o ser viable, es

decir, con aptitud para seguir viviendo (Código Civil francés). En Chile, basta el nacimiento y no se requiere nada más para la criatura “exista legalmente” (consolide sus derechos patrimoniales).

Sería francamente absurdo que Bello hubiera adoptado una posición tan amplia con la capacidad patrimonial del concebido y que, en cambio, hubiera negado o rebajado su tutela respecto de derechos tan fundamentales como la vida o la salud considerando que el *nasciturus*, mientras no nace, no puede ser considerado jurídicamente persona.

Puede añadirse que en los tiempos de Bello, el concepto de persona no era tan rico en un sentido institucional y ético-jurídico como es hoy y que incluso se pensaba que el Derecho Civil debía estar centrado en los bienes y en el patrimonio (lo que es una visión reductiva del Derecho Civil que, como se reconoce actualmente, debe preocuparse de todas las dimensiones de la persona y no sólo de la patrimonial). Es posible que los primeros comentaristas del Código hayan incurrido en ese enfoque reductivo y que aquí pueda encontrarse una explicación para hayan terminado por identificar personalidad, nacimiento y capacidad patrimonial. Pero una reinterpretación de los textos del Código Civil, a la luz de las actuales concepciones del Derecho Civil, como Derecho que protege a la persona en sus vivencias y experiencias más comunes y ordinarias, debe conducir a reconocer como persona, es decir, como sujeto de derechos humanos, a todo individuo de la especie humana, aunque no esté aún nacido. Lo patrimonial deja de ser determinante y sí lo son la vida, la salud, la identidad y otros bienes personalísimos.

Desde este punto de vista, el art. 75 CC, al señalar que la ley protege la vida del que está por nacer, nos está diciendo, en el lenguaje actual de los derechos subjetivos, que se trata de un sujeto: el que está por nacer (no “lo” que está por nacer), que tiene vida, que no puede ser sino vida humana, y que esa vida debe ser tutelada por el ordenamiento jurídico: la ley en su más amplio sentido. La forma más clara y enérgica de tutela de la vida humana es hoy a través de un derecho humano o fundamental: el derecho a la vida.

Luego, de acuerdo a la historia de las normas, el art. 74 CC se refiere sólo a los efectos patrimoniales y de manera muy amplia para el *nasciturus* que llega a nacer (le basta sobrevivir un momento), y el art. 75 CC lo reconoce irrestrictamente como sujeto de derechos, esto es, con existencia como persona.

## b) El contexto de la ley

El art. 22 del Código Civil nos señala que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

En nuestro caso, la ley es el Código Civil. Debemos considerar si nuestra interpretación mantiene o no la debida coordinación y armonía. Pensamos que justamente la tesis que sustentamos es la que proporciona esa armonía entre los preceptos del Código, y no la tesis tradicional que sostiene que la persona principia con el nacimiento. En efecto, ya hemos visto cómo el art. 74 cuadra perfectamente con el art. 77, al que hay que añadir el art. 76 que, por medio de una presunción de derecho, fija la época de la concepción. Pero también se entiende mejor el art. 75 que reconoce como sujeto de derecho a la vida al concebido. Además, esta interpretación es más respetuosa del nombre del epígrafe bajo el que se encuentran todos estos preceptos: “Del principio de la existencia de las personas”. No se refiere al principio de la existencia legal, sino de la existencia a secas de las personas. Luego es claro que hay preceptos que se refieren a la existencia de la persona, que comienza con la concepción (art. 75) y otros que se refieren a una cualidad de esa existencia, que es la capacidad patrimonial y que el Código llama existencia legal (art. 74, 76 y 77).

Pero el argumento contextual nos permite dar un paso más, si miramos una norma contenida en otro párrafo. Se trata del art. 55 del Código que dice que “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

De este modo, para saber desde cuándo hay persona para el Código Civil chileno tenemos que preguntarnos desde cuándo existe un nuevo individuo humano, sin importar el grado de desarrollo que haya alcanzado. Los nuevos conocimientos de embriología y genética nos ponen de relieve que ese instante es el de la concepción o fertilización del óvulo por parte del espermio: desde que la cabeza del espermatozoide, con sus 23 cromosomas, penetra en la membrana del ovocito (con sus 23 cromosomas), existe un nuevo sistema orgánico y autónomo, individual y perteneciente a la especie humana (no es vegetal ni animal). Aunque no tenga la forma o apariencia del individuo adulto, su información genética contiene todos sus caracteres, incluido el sexo. Es el mismo organismo el que determina su propio desarrollo, y si se dan las condiciones

apropiadas, y no hay interferencias externas, llegará a nacer y luego a desenvolverse como niño, adulto y anciano. Todos estos cambios son por tanto accidentales, puesto que en todos ellos existe una unidad de continuidad: la persona, que es idéntica a sí misma y distinta de cualquier otra, pese a sus cambios corporales.

¿Cómo se concilia la definición del art. 55 con la existencia legal del art. 74 CC? La única forma es dar preeminencia, como norma general y además como definición legal, a la norma del art. 55 y reconocer que el concebido, desde el momento de la fecundación, es persona, es sujeto de derechos. La norma del art. 74 es una norma especial, que debe interpretarse restrictivamente, y que se refiere sólo a la consolidación de la capacidad para adquirir y ejercer derechos patrimoniales. La existencia legal no es la existencia jurídica de la persona, es sólo su aptitud para conservar y ejercer derechos patrimoniales: esta no se tiene sólo por la concepción y se debe esperar al nacimiento. Pero para todos los demás efectos, la persona ya existe y es tutelada por el mismo Código Civil.

Ya vimos la tutela fuerte que el art. 75 del Código confiere a la vida del concebido. Pero hay más preceptos del Código que refuerzan esta lectura. Por ejemplo, el art. 181 CC, que señala que la filiación legalmente determinada se retrotrae a la época de la concepción del hijo. Por tanto, el concebido es hijo, e incluso puede ser objeto de un reconocimiento antes del nacimiento (cfr. también los arts. 485 y 486 CC que también llama hijo al concebido).

Aunque algunos preceptos del Código llaman al concebido “criatura”, en rigor, por disposición del art. 26 CC, debe ser calificado de “infante o niño”, ya que no ha cumplido siete años. Es claro que esta expresión no se aplica sólo a los individuos nacidos, puesto que el art. 25 CC considera que la palabra niño se aplica “a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo” y, por tanto, incluye a todos, nacidos o sólo concebidos.

Siendo niño debe ser considerado una persona absolutamente incapaz para ejercer sus derechos, conforme al art. 1447 CC. Por ello, se le asigna un representante legal, que conforme a los arts. 43 y 243 inc. 2º CC, es el padre o madre que ejerce la patria potestad. Nótese que esta última norma aclara que “la patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer”. Esta norma no debe interpretarse restrictivamente en el sentido de que la patria potestad sólo se aplica a los “derechos eventuales”, es decir patrimoniales, del hijo por nacer (de los que trata el art. 77 CC). Lo que sucede es que la patria potestad en principio está

concebida sólo para administrar los bienes patrimoniales del hijo, pero la representación legal, por el art. 43 CC y los arts. 263 y ss. CC se extienden también a otras relaciones jurídicas (tutela de derechos de la personalidad y de familia).

A falta de un padre o madre que ejerza la patria potestad, el niño por nacer debe ser representado, para efectos patrimoniales, por un curador de bienes (arts. 485 y 486 CC). Para proteger la vida o salud del *nasciturus*, el art. 75 inc. 1° CC concede acción a cualquier persona para requerir la intervención del juez, el que puede adoptar la medida que crea más conveniente. El juez podría nombrarle un curador especial o un curador *ad litem* (arts. 345 y 494 CC y 19 ley N° 19.698, de 1999).

#### c) El contexto de la legislación nacional

El art. 22 inciso segundo señala que el intérprete, para aclarar el sentido de una ley, puede recurrir a otras leyes particularmente si versan sobre el mismo asunto.

En nuestro caso, pueden invocarse numerosísimas disposiciones de otras leyes que confirman que el concebido es considerado persona.

La misma prohibición del aborto incluso bajo sanción penal es reveladora de que el ordenamiento tutela la vida del concebido con el instrumento de máxima coacción. Cfr. arts. 342 y ss. del Código Penal. El Código Sanitario establece que se prohíbe toda acción que tenga por fin provocar un aborto (art. 119 CS), con lo cual deja claro que es ilícito atentar contra la vida del concebido si se trata del fin directo de la acción. Otra cosa son las muertes fetales que ocurran como consecuencias no queridas de un tratamiento médico necesario para la vida o salud de la madre (por ejemplo, si la madre debe ser sometida a quimioterapia y eso termina en una frustración del embarazo). No hay que confundir estas situaciones con el llamado aborto terapéutico, cuyo fin es eliminar al feto como medio para salvar la vida o la salud de la madre (casos que en la medicina moderna no se presentan en la práctica).

Otras normas que afirman la tutela del concebido son las normas en protección de la maternidad. Es claro que estas disposiciones no tienen por fin sólo proteger a la mujer embarazada sino también al nuevo ser humano que lleva en su seno. Así, se protege la

maternidad en el trabajo mediante las instituciones del descanso maternal (arts. 195-197 CT), subsidio maternal (art. 198 CT), fuero durante el embarazo y hasta un año después de expirado el descanso maternal (art. 201 CT) y derecho de traslado a funciones que no sean perjudiciales para la salud de la mujer embarazada (art. 202 CT). Para evitar discriminaciones injustas se dispone que ningún empleador puede condicionar la contratación, permanencia, renovación o promoción o movilidad de un empleo a la ausencia o existencia de embarazo, y exigir certificados con tales fines (art. 194 inc. final CT).

Incluso más, la ley N° 14.908, de pago de pensiones alimenticias permite a la madre pedir alimentos no para ella sino para el hijo que está por nacer.

Finalmente, por si quedara alguna duda, tenemos la nueva ley de Genoma Humano, ley 20.120, de 2006. Aunque destinada a la tutela de los derechos de las personas frente a los posibles abusos de la manipulación genética y biomédica, el texto legal se inicia con una declaración general que comprende también la vida y la integridad corporal del *nasciturus*: “Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas” (art. 1°). Si bien no se emplea la expresión personas, sino la de seres humanos, es obvio que se refiere a la personalidad y derechos de toda persona natural, es decir, los individuos de la especie humana.

#### d) El espíritu general de la legislación. La Constitución y los tratados internacionales

El art. 24 CC contempla como criterio de interpretación al espíritu general de la legislación. Es la finalidad o *ratio* de todo el ordenamiento jurídico. Pensamos que aquí debe tenerse en cuenta la luz que nos proporcionan la Constitución, por una parte, como texto de principios fundantes de la República y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, que según la Constitución, de alguna manera, forman parte también de nuestro sistema de fuentes.

Pues bien, la Constitución dispone que las personas nacen con igual dignidad y derechos, de lo que se deduce que son personas y que tienen esa dignidad y derechos desde antes del

nacimiento. Además, se dispone que la ley protege la vida del que está por nacer (art. 19 N° 1), norma constitucional que especifica una tutela especial del derecho general a la vida que se asegura a todas “las personas”, según reza el art. 19 en su inicio, y que por cierto incluye la referencia a “el que está por nacer” del N° 1 de dicho precepto.

El Pacto de San José de Costa Rica dispone expresamente que el derecho a la vida se protege en general (es decir, para todos), desde la concepción (art. 4.1), y la Convención de Derechos de Niño señala que se entiende por niño todo “ser humano” menor de 18 años (art. 1°), aclarando su preámbulo que se debe proteger, incluso legalmente, al niño tanto antes como después del nacimiento.

#### e) El tenor literal y el espíritu

Finalmente, podríamos decir que con todos estos argumentos, en realidad hemos de forzar el tenor gramatical del art. 74 para sostener que el concebido es persona aún antes de nacer. ¿Pero será verdad de que el texto literal del art. 74 dispone que la persona comienza con el nacimiento?

Recordemos la norma que nos ha ocupado en esta conferencia. El art. 74 CC dispone expresamente que “La existencia legal de toda persona principia al nacer...”. Se advertirá que la norma no dice que “la persona principia al nacer”. Dice algo gramaticalmente diverso: la existencia legal de toda persona principia al nacer. Luego reconoce que ya un sujeto, que se puede calificar de persona antes del nacimiento (“toda persona ya existente y con reconocimiento jurídico”), adquirirá algo que llama “existencia legal” una vez que haya nacido con los requisitos que se fijan.

En consecuencia, son cosas distintas el comienzo de la persona y su “existencia legal”. El mismo texto del art. 74 así lo demuestra. Entonces no es necesario forzar el tenor literal del art. 74, sino más bien leerlo mejor y no confundir “existencia legal” con personalidad. La persona principia con la concepción, la “existencia legal”, entendida como capacidad patrimonial consolidada, principia al nacer.

## VI. Conclusiones

Me parece que después de este recorrido puedo concluir mis palabras invitándolos a reflexionar sobre estas ideas. Por cierto, no puede pedirles que estén ciento por ciento de acuerdo con esta postura. Yo mismo la he ido madurando a través de los años y seguramente quedan todavía otros puntos por perfeccionar y complementar. Pero me parece importante que el Derecho Civil no se quede a la saga de los progresos que otras ramas del Derecho, como el Derecho Público y el Derecho Internacional, han estado realizando en el último tiempo para potenciar y fortalecer su rol protector de las personas y de los derechos que emanan de la dignidad humana.

Espero también que estas palabras les hayan ilustrado sobre el método jurídico y el razonamiento que se emplea en las argumentaciones propias de nuestra ciencia, y de cómo con el diálogo fundado en razones, con la aclaración de los conceptos, la exposición honesta de las diversas posiciones y sus argumentos, vamos en forma colectiva, de una manera sinfónica, haciendo que nuestras relaciones como ciudadanos y como comunidad se rijan por un Derecho más justo, por más humano.

Nº 1, abarca al que está por nacer, el inciso segundo resultaría absolutamente redundante;

**TRIGESIMOSEGUNDO.** Que, finalmente, para finalizar este análisis, es necesario tener presente que los derechos fundamentales no se conciben o consagran, ni pueden protegerse de modo absoluto o ilimitado, desde luego y en primer lugar, porque ellos encontrarán siempre un límite natural en el o los derechos de los otros, y, en segundo lugar, por las limitaciones o restricciones establecidas por la propia Constitución o por la ley siempre que no afecten el contenido esencial de tales derechos, según consta en el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución. Tal es así que incluso respecto del propio derecho a la vida la Constitución autoriza al legislador a establecer con exigencias de quórum agravado, la pena de muerte en contra de una persona, aunque en la actualidad está prácticamente derogada en casi todo el ordenamiento jurídico, mas no abolida aún. Del mismo modo que el legislador penal establece causales de exculpación y de justificación en determinados delitos contra las personas, por ejemplo en situaciones de legítima defensa o estados de necesidad;

#### **VII. LOS ELEMENTOS QUE GUIARÁN NUESTRO RAZONAMIENTO.**

**TRIGESIMOTERCERO.** Que luego de analizados los criterios interpretativos recién indicados, queremos dejar sentados ciertos elementos que guiarán nuestro razonamiento. Estos tienen que ver con cuatro aspectos: con el pluralismo que garantiza nuestra Constitución, con la autonomía con los derechos de la mujer como persona, con el derecho penal concebido como última ratio y con los derechos de los pacientes;

##### **1. Sociedad pluralista.**



**TRIGESIMOCUARTO.** Que la Constitución garantiza el pluralismo organizativo y de ideas. Eso impide que se pueda imponer un modelo determinado de pensamiento, de moral, propio de una o más organizaciones, de una o más personas, al resto de la sociedad.

Por eso, la Constitución obliga al Estado a promover la integración armónica de "todos los sectores de la nación". También lo hace para el efecto de las organizaciones privadas, pues reconoce el derecho de asociación (artículo 19 N° 15), su autonomía como grupo intermedio (artículo 1), y regula algunas de ellas (partidos políticos, artículo 19 N° 15; colegios profesionales, artículo 19 N° 16; organizaciones sindicales, artículo 19, N° 19). Del mismo modo, menciona a las organizaciones vecinales, profesionales, empresariales, sindicales, estudiantiles (artículo 9, artículo 57 N° 7).

Asimismo, la Constitución garantiza la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos (artículo 19 N° 6). Por lo mismo, no hay una religión oficial del Estado. Y garantiza la libre elaboración y circulación de las ideas (artículo 19 N° 12).

## **2. Derechos de la mujer.**

**TRIGESIMOQUINTO.** Que la mujer es persona; como tal sujeto de derecho. Por lo mismo, tiene derechos y puede adquirir obligaciones. Entre los primeros, puede hacer valer en su favor: su libertad e igualdad (artículo 1° inciso primero, 19 N° 2), su condición de igual ante la ley con el hombre (artículo 19 N° 2), su derecho a la vida y a la integridad física y síquica (artículo 19 N° 1), su derecho a la salud (artículo 19 N° 9), su derecho a la privacidad (artículo 19 N° 4), su derecho a la mayor realización espiritual y material posible (artículo 1°).



La mujer es, en el lenguaje de la Constitución, una persona humana;

**TRIGESIMOSEXTO.** Que, además, distintos cuerpos normativos han buscado profundizar y desarrollar los derechos de la mujer. la generación de una institucionalidad destinada a promover la equidad de género, la igualdad de derechos y procurar la eliminación de toda forma de discriminación arbitraria en contra de las mujeres, y el establecimiento de medidas de acción afirmativa en su favor;

**TRIGESIMOSÉPTIMO.** Que, en efecto, tanto el constituyente como el legislador, sin perjuicio de la suscripción de tratados internacionales, han avanzado en este sentido.

Así, en materia constitucional, el cambio más importante es la igualdad entre hombres y mujeres, y el establecimiento que hombres y mujeres nacen libres e iguales en dignidad y derechos (Ley de reforma constitucional N° 19.611/1999).

El legislador también ha buscado avanzar en esa línea en materia civil, laboral, de seguridad social, institucional y en otros aspectos.

En materias civiles puede destacarse la ley que estableció nuevos regímenes patrimoniales en el matrimonio (Ley N° 19.335/1994), la nueva ley de filiación (Ley N° 19.585/1998), la ley de violencia intrafamiliar (Ley N° 20.480/2010).

En el ámbito laboral, destacan la no discriminación en la postulación a empleos (Ley N° 19.739/2001), la ley que prohíbe el acoso sexual (Ley N° 20.005/2005), la ley de igualdad remuneratoria entre hombres y mujeres (Ley N° 20.348/2009).

En lo que se refiere a la seguridad social, está el derecho de la madre para amamantar a su hijo (Ley N°

20.166/2007 y 20.367/2009), el bono por hijo para efectos jubilatorios (Ley N° 20.255/2008), el post natal parental (Ley N° 20.545/2011).

En lo que se refiere a los aspectos institucionales destaca la creación del Servicio Nacional de la Mujer (Ley N° 19.093/1991) y el Ministerio de la Mujer y de Equidad de Género (Ley N° 20.820/2015).

En otros ámbitos, destaca la regulación que protege a las estudiantes embarazadas (Ley N° 19.688/2000), la ley que regula la fertilidad (Ley N° 20.418/2010), la ley Zamudio (Ley N° 20.609/2012); la ley de cuotas para diputados y senadores (Ley N° 20.840/2015); y la ley que establece que no se puede discriminar arbitrariamente, y que ello se traduzca en exclusiones o restricciones, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades en el empleo (Ley N° 21.015/2017).

En lo relativo a los tratados internacionales, apuntan en el mismo sentido de los cambios constitucionales y legales, la promulgación de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra La Mujer (D.S. N° 789, Relaciones Exteriores, 1989), y la promulgación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra Las Mujeres (D.S. N° 1.640/1998);

**TRIGESIMOCTAVO.** Que dichos tratados han reiterado que la mujer tiene ciertos derechos tradicionales, como su libertad, su privacidad, los que puede gozar, ejercer y demandar protección a plenitud. Pero han avanzado en el reconocimiento de otros nuevos que profundizan y desarrollan los derechos tradicionales.

En este sentido, destaca la protección efectiva contra todo acto de discriminación contra la mujer; el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o

subordinación; el derecho a una vida libre de violencia física, sexual y psicológica; el derecho a una capacidad jurídica idéntica a la del hombre.

Entre estos nuevos énfasis destacan aspectos relacionados con la maternidad. Así, se le reconoce el derecho para contraer matrimonio, para elegir libremente al cónyuge, para asumir los mismos derechos durante el matrimonio o su disolución. Asimismo, se le reconoce el derecho a acceder a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia. También, a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el intervalo entre los nacimientos;

**TRIGESIMONOVENO.** Que es en el marco de estos nuevos énfasis, definidos por el constituyente, el legislador y los tratados internacionales, que debe interpretarse el embarazo y la maternidad. El embarazo es un estado temporal, propio de la mujer, normalmente voluntario, personalísimo, que compromete el cuerpo de la mujer. El embarazo compromete la integridad física y psíquica de la mujer, pues, entre otras cosas, el feto ocupa su cuerpo y provoca transformaciones físicas y fisiológicas;

### **3. El que está por nacer.**

**CUADRAGÉSIMO.** Que la Constitución se refiere al que está por nacer en el artículo 19 N° 1 inciso segundo. Ahí encarga a la ley proteger la vida del que está por nacer.

El hecho que se lo entregue al legislador en nada desmerece la protección. La ley es la principal fuente de derecho.

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, la Constitución no le otorga al que está por nacer la categoría de persona. Ello no obsta a que sea un bien jurídico de la mayor relevancia.

En este sentido, el análisis de este proyecto de ley implica examinar que hay una medida o decisión legislativa que pondera razonablemente, entre un derecho fundamental y un interés protegido legalmente. En este caso el legislador opta por maximizar la protección del derecho constitucional a la vida de la madre o de la mujer, como es la despenalización en circunstancias excepcionales por su gravedad y dramatismo. Ciertamente que el costo de interrumpir el embarazo y hacer cesar la gestación de una vida humana con expectativas de alcanzar el estatus de persona, es alto y puede ser doloroso, pero de ningún modo puede compararse ni es proporcional al sacrificio de la vida de una persona plena, de una mujer o una madre con un proyecto vital en pleno desarrollo en el mundo, en el medio social y familiar.

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;

#### **4. El derecho penal como última ratio.**

**CUADRAGESIMOPRIMERO.** El derecho penal implica una carga para las personas, por las mayores restricciones de derechos que implica, tanto en el procedimiento de la generación de la sanción, como en la sanción misma. También, por el mayor reproche social y jurídico que conlleva.

Por lo mismo, no puede operar siempre y a todo evento como instrumento de preservación de ciertos bienes jurídicos, pues puede resultar excesivo. El legislador, encargado de establecer la sanción penal, puede ponderar la existencia de otros mecanismos regulatorios. Por eso, las leyes penales se aprueban, modifican o derogan, pues el legislador realiza este juicio de cómo se adecua mejor el derecho penal a la realidad que pretende regular, construir o mejorar;

#### **4. Derechos de los pacientes.**

**CUADRAGESIMOSEGUNDO.** Que con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.584, el año 2012, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas con su atención en salud, cambió en nuestro país el paradigma de la atención médica. Este estaba centrado en la discrecionalidad del facultativo. En cambio, esta ley pone en el centro de la atención médica al paciente y sus derechos, sin perjuicio de dar certeza al accionar del facultativo.

Ello se expresa en que toda persona tiene ahora el derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su salud (artículo 14). Dicha manifestación de voluntad debe ser libre, expresa, voluntaria, informada, previa y escrita (artículo 14).

La única manera en que el facultativo pueda eludir esa manifestación de voluntad es la ocurrencia de tres causales, que la ley establece. Estas tienen que ver con la salud pública, con que el paciente no se encuentre en condiciones de darla y exista riesgo vital, y, en que el paciente esté en incapacidad y no se encuentra disponible su representante (artículo 15).

Asimismo, la única manera en que se puede imponer al paciente algún tratamiento es que el rechazo que hace acelere artificialmente su muerte o ponga en riesgo la salud pública (artículos 14 y 16). Si esas causales no se dan, prima la voluntad del paciente y sólo caben las medidas de soporte ordinario o los cuidados paliativos.

A partir de este cambio de paradigma, es que el proyecto de ley que examinamos se explica. Por una parte, porque exige la voluntad de la mujer para la interrupción del embarazo. Por la otra, porque exige que intervenga un equipo médico para constatar las causales que permiten dicha interrupción;

#### **VIII. EL ARTÍCULO 19 N° 1 INCISO SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN**

**CUADRAGESIMOTERCERO.** Que ahora estamos en condiciones de entrar al fondo del asunto. Los requirentes fundan su alegato, de modo principal, en lo dispuesto en el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución. Este dispone que la ley protege la vida del que está por nacer.

Esta disposición es interpretada no sólo como una actividad pasiva, de no dañar, sino como un deber de defensa activa del no nacido. Asimismo, es interpretado como un mandato penal de tipificar el delito de aborto, sin que quepa retroceso en la materia, como sería destipificar, atenuar o eximir de responsabilidad. Habría una prohibición en tal sentido. También, es interpretado como el otorgamiento de la calidad de sujeto de derecho al no nacido. Este tiene, afirman, la condición de persona humana; por lo mismo, goza del derecho a la vida, como la mujer;

**CUADRAGÉSIMOCUARTO.** Que el origen de esta disposición se encuentra en el Código Civil, en su

artículo 75. Se trasladó la disposición que había en ese cuerpo legal a la Constitución;

**CUADRAGESIMOQUINTO.** Que la fórmula verbal que emplea la Constitución, está compuesta de los siguientes elementos. En primer lugar, utiliza la expresión "ley". Con ello, excluye que sea la Constitución la que se encargue directamente de aquello. La Constitución quiere que una norma general y obligatoria, sometida al debate democrático, pueda cumplir este rol protector. Como consecuencia de ello, excluye que sean, originariamente, los particulares, la autoridad administrativa o los tribunales los que se encarguen de esta tarea. Indudablemente, la ley puede perfectamente convocar el esfuerzo de todas estas entidades. Pero en un rol derivado, no original. No quiso la Constitución cerrar ella misma la protección. La entregó a la apreciación del legislador; en qué casos si, en cuáles no, de qué modo. También es necesario puntualizar que la Constitución no se refiere a una norma legal particular. Puede ser esta penal, civil, laboral, de seguridad social, etc.;

**CUADRAGESIMOSEXTO.** Que, en segundo lugar, 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. No es que la Constitución no establezca la protección; es que le encarga al legislador hacerlo. Introduce, por tanto, una mediación. Entregó a la ley un rol, sin asumirlo directamente. También porque habló "del que está por nacer", en circunstancias que en el inciso primero habla de "la persona".

Por otra parte, no es la única norma constitucional que habla de protección. Varias disposiciones constitucionales utilizan la misma expresión. Así, el Estado debe dar "protección" a la población y a la familia (artículo 1º, inciso quinto). En el derecho a la salud se establece que este consiste en el "derecho a la protección de la salud" Y que el Estado debe proteger el libre o igualitario ejercicio a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y recuperación del individuo (artículo 19 N° 9). Asimismo, corresponde al Estado la "protección e incremento del patrimonio cultural de la nación" (artículo 19 N° 10). Además, la Constitución asegura "la libertad de trabajo y su protección (artículo 19 N° 16). También, la Corte de Apelaciones debe asegurar en el recurso de protección "la debida protección del afectado" (artículo 20). Finalmente, le corresponde al Ministerio Público "proteger a las víctimas y a los testigos" (artículo 83).

Como se observa, estas disposiciones tienen distintos sujetos responsables. En unos casos, el Estado; en otros, todas las personas; y en otros, órganos específicos (Corte de Apelaciones, Ministerio Público, el legislador).

Nunca estas disposiciones han sido interpretadas aisladamente de otras que la propia Constitución establece. Tampoco se han interpretado como equivalentes a tipos penales. Asimismo, no han sido consideradas mandatos máximos y a todo evento. Tampoco han sido considerados títulos para sacrificar otros bienes jurídicos. Finalmente, tampoco ha impedido el desarrollo de nuevos derechos. Por ejemplo, la protección de la familia no ha impedido la ley de divorcio, la ley de filiación, la ley de unión civil;

**CUADRAGESIMOSÉPTIMO.** Que proteger es, sin duda, un deber activo, pues implica cuidar, favorecer, defender.

Implica una interferencia no perjudicial cotidiana; y medidas positivas de potenciamiento.

Esta protección no puede significar ni desprotección, en el sentido que no existen medidas de todo tipo e indispensables en resguardo del no nacido; ni sobreprotección, en el sentido de medidas que vayan más allá de lo razonable y sacrifiquen derechos de otros.

Por eso, no puede significar un mandato para descuidar a la mujer. Del texto de la Constitución no se desprende ni se infiere que la protección del que está por nacer sea un título que perjudique a la progenitora. Desde luego, porque las medidas de protección en algunos casos pasan inevitablemente por ella. El primer sujeto obligado por la protección y sin cuyas acciones u omisiones este deber no puede cumplirse, es la mujer. El legislador no puede no contar con esas acciones u omisiones. También, porque la madre no puede ser considerada como un instrumento utilitario de protección del no nacido. El legislador, precisamente y por ese deber primario, no puede ir contra la mujer imponiendo su voluntad e incluso poniendo en peligro su vida o imponiéndole deberes más allá de lo que a cualquier persona se le exige. La maternidad es un acto voluntario, que exige el compromiso vibrante de la mujer embarazada. No puede ser una imposición del Estado a cualquier costo de la mujer. Ella no es un medio. Además, cuando la Constitución ha querido hacer primar un derecho sobre otro o privilegiar intereses superiores, lo ha dicho expresamente. Así sucede con la función social de la propiedad (artículo 19 N° 24); con la libertad en aras de la seguridad pública (artículo 19 N° 7); con la privacidad respecto de la publicidad (artículo 19 N° 12) o con la transparencia (artículo 8); o con los derechos durante los estados de excepción (artículos 39 y siguientes); o el mismo derecho a la vida, con la pena de

muerte (artículo 19 N° 1). Por lo demás, este Tribunal ha considerado que es una carga intolerable la regla del turno para los abogados, que los obliga a asumir defensas gratuitas (STC 755/2008). Dichas cargas no guardan relación alguna de proporcionalidad con las que debe soportar la mujer en las tres causales del proyecto;

**CUADRAGESIMOCTAVO.** Que, el tercer elemento de la fórmula constitucional, es que la Constitución manda proteger la vida del que está por nacer.

Como ya indicamos, no habla de proteger el derecho a la vida.

Este, es decir, el derecho a la vida, está reconocido y definido en convenciones internacionales. Así, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6), como la Convención Interamericana de Derechos Humanos (artículo 4), señalan que "nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

Tal definición explica instituciones como la legítima defensa, o algunos casos de estado de necesidad, en que una persona mata a otra, o sea, la priva de su vida. Pero no lo hace "arbitrariamente". Lo mismo puede decirse de un acto médico riesgoso, que trae como consecuencia la muerte. Pero el derecho a la vida es distinto de la vida. Esta es la plataforma biológica y síquica de sustentación. No cabe confundir ambos conceptos;

**CUADRAGESIMONOVENO.** Que el derecho a la vida, no es un derecho de carácter absoluto, pues ningún derecho fundamental es un derecho absoluto, toda vez que los derechos fundamentales aceptan limitaciones, al exigirse su compatibilidad con la debida protección del ser humano y su dignidad, tal sería el caso de la legítima defensa, la pena de muerte y la interrupción del embarazo.

El derecho a la vida supone dos contenidos básicos: el derecho a tener y vivir una vida en condiciones dignas y el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella.

Sin embargo, por su propia naturaleza el contenido que le otorga el derecho constitucional a la vida tiene un contenido de protección positiva y no es un derecho de libertad que incluya a la propia muerte. Ello no impide - como lo señaló el TC español- reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del agere licere, en cuanto a que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, muchos menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho (STC español 120/1990);

**QUINCUAGÉSIMO.** Que, finalmente, el último elemento que establece el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución, es que la vida que se protege es el que está por nacer.

Nuestro ordenamiento jurídico denomina de distinto modo al que está por nacer. Así, algunas disposiciones reiteran la expresión constitucional (Código Orgánico de Tribunales, artículo 369; Código Civil, artículo 75; artículo 1°, Ley N° 14.908; artículo único, Ley N° 20.699). Pero también se utilizan otras denominaciones. Así, se encuentra la de "criatura" (artículo 74 y 77, Código Civil; artículo 7°, D.L. N° 824); la de "hijo en período de gestación" (artículo 66 Código del Trabajo);

la de "No nacido" (artículo 75 Código Civil); la de "embriones humanos" (artículo 6, Ley N° 20.120).

A su vez, al nacido, la Constitución le denomina persona (artículo 1°; artículo 19 N° 1 inciso primero). Sobre esto volveremos más adelante. El resto del ordenamiento jurídico usa otras expresiones que aquí es necesario resaltar. Así, emplea el de "hijo ya nacido" (artículo 1°, Ley N° 14.908); "niña" o "niño" (artículo 199 y 205, del Código del Trabajo; artículo 16, Ley N° 19.968); "menor de edad" (artículo 199 y 200, Código del Trabajo); "hijos menores" (artículo 203, Código del Trabajo); "menor" (artículo 3°, Ley N° 19.620); "ser humano que no ha cumplido los catorce años" (artículo 16, Ley N° 19.968); "hijo" (artículo 195, Código del Trabajo; artículo 16, Código Sanitario).

Y el texto constitucional cuando utiliza la expresión "hijo" la reserva para los nacidos. Así, a propósito de la nacionalidad, habla de "hijos de extranjeros", y de "hijos de padre o madre chilenos" (artículo 10 N° 1 y 2). En el artículo 19 N° 10 y 11, consagra el derecho de los padres a elegir el establecimiento de enseñanza para sus hijos; y el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos;

**QUINCUGESIMOPRIMERO.** Que, enseguida, está claro el límite temporal de esa condición: el nacimiento. Con el parto, y la separación total de la madre, cesa esta condición.

Sin embargo, la Constitución guarda silencio respecto del comienzo de esa condición.

En la STC 740/2007, el Tribunal sostuvo que ello ocurría desde la concepción.

Nosotros consideramos que dado el silencio de la Constitución en la materia, no le corresponde a este organismo establecer algo en este sentido. Más todavía si

hay controversia científica en la materia. Y posiciones morales encontradas sobre este aspecto.

Por eso, en algunos casos ha sido el legislador el que ha avanzado en fijar un criterio en esta materia. Así lo hizo en la Ley N° 20.120, a propósito de la investigación científica en el ser humano, su genoma y la clonación. Ahí la ley definió que la protección iba a comenzar "desde el momento de la concepción".

Lo mismo hizo la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que estableció que el derecho a la vida está protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción.

Todos conocemos la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo sobre esta disposición, en el caso *Artavia Murillo versus Costa Rica*. En lo que aquí interesa, esta sostuvo dos cosas. Por una parte, que la protección del que está por nacer no es absoluta sino que gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional. Por la otra, dicha protección implica proteger a la mujer, porque la concepción ocurre dentro de su cuerpo.

Tratándose de los límites temporales de la vida de las personas, el legislador definió cuándo una persona se encuentra con muerte cerebral (Ley N° 19.451). Ahí definió cuándo una persona está muerta.

Por lo mismo, el Congreso Nacional se encuentra mucho más capacitado y legitimado para resolver una controversia de cuándo comienza la vida del que está por nacer, que esta Magistratura, dado la falta de una regla explícita en la Constitución;

**QUINCUAGESIMOSEGUNDO.** Que, además, zanjar inequívocamente este asunto no es ajeno a la controversia que nos ocupa. Afirmar que la vida comienza desde la

concepción, implica establecer inmediatamente una separación y un interés contrapuesto entre la madre y el embrión o feto. También implica establecer una jerarquía, pues la madre pasa a ser el lugar donde el embarazo transcurre y donde la madre tiene poco que hacer o decir;

**QUINCUAGESIMOTERCERO.** Que, por lo mismo, no podemos eludir pronunciarnos sobre cierta variable vinculada con esta controversia. Lo anterior no significa que eludamos el punto. Sólo que lo enfocaremos desde el concepto de persona que la Constitución establece;

Sobre esto avanzaremos en un instante;

**QUINCUAGÉSIMOCUARTO.** Que antes de aquello, queremos profundizar sobre si el mandato de protección que establece la Constitución del que está por nacer, prohíbe la despenalización de ciertas conductas;

**QUINCUAGESIMOQUINTO.** Que, por de pronto, la Constitución tiene un lenguaje para expresar las prohibiciones. En el mismo artículo 19 N° 1, hay un ejemplo claro, pues "prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo". Es cierto que en otros casos usa otras fórmulas verbales. Por ejemplo, "nadie puede" (artículo 19 N° 7, 19 N° 15, 19 N° 24), "en ningún caso" (artículo 69, 76), "no podrán" (artículo 92, 94 bis, 95, 100, 19 N° 15, 16, 19), "nadie" (artículo 19 N° 3, 7, 15, 24), "ninguno" o "ninguna" (artículo 7, 19 N° 3, N° 7, N° 15, 103). Pero "proteger" no puede interpretarse como una prohibición. En el lenguaje constitucional es asimétrica una **interpretación** en ese sentido;

**QUINCUAGESIMOSEXTO.** Que, enseguida, la Constitución se refiere muy pocas veces a los delitos. Así, se refiere al terrorismo (artículo 9), a los delitos producto de la libertad de expresión (artículo 19 N° 12), a los delitos que constituyen causales de acusación constitucional (traición, concusión, malversación, soborno) (artículo 52 N° 2) y la responsabilidad de los jueces (cohecho,

denegación y torcida administración de justicia, prevaricación) (artículo 79).

La Constitución no trata ni se refiere al aborto.

La razón es que la Constitución le encarga al legislador la prerrogativa de punición (artículo 19 N° 3 y artículo 63 N° 3). La ley puede crear delitos, establecer la conducta reprochada y fijar la pena;

**QUINCUAGESIMOSÉPTIMO.** Que la Constitución asume que el legislador puede cambiar los tipos penales. Por lo mismo, puede crear, modificar, o derogar delitos. Para el conflicto que esto produce, establece dos reglas. Por una parte, que no se puede sancionar una persona si la ley no se promulgó antes de la perpetración del delito. Y por la otra, que la ley penal no puede tener efecto retroactivo, "a menos que una nueva ley favorezca al afectado" (artículo 19 N° 3);

**QUINCUAGESIMOCTAVO.** Que por lo mismo, no se ve impedimento para el "retroceso penal". Desde luego, porque es una garantía que la ley pueda ser más favorable. También, porque el derecho penal es siempre última ratio.

En la norma que analizamos, no se prohíbe el principio pro reo ni se le impide.

Además, dicha norma remite a la ley. Esta puede tipificar o destipificar;

**QUINCUAGESIMONOVENO.** Que la Constitución asegura el derecho a la vida. El Código Penal castiga el homicidio. Pero no son sinónimos. Proteger el derecho a la vida no es equivalente a tipificar el homicidio.

De hecho, el legislador ha podido crear nuevas figuras de homicidio (por ejemplo, el parricidio entre convivientes); ha configurado nuevas agravantes; ha establecido nuevas eximentes o ha cambiado las existentes; ha creado distintos niveles de homicidio

(homicidio simple o calificado; parricidio; infanticidio);

**SEXAGÉSIMO.** Que ese margen de apreciación que se le encarga al legislador, le ha permitido establecer el aborto, como un delito distinto al de homicidio y al infanticidio.

También tratarlo como un delito distinto a aquellos delitos contra las personas en el Código Penal. Este delito se encuentra ubicado dentro del Título VII del Código, que trata los crímenes y delitos contra el orden de las familias, la moralidad pública y la integridad sexual.

Asimismo, el legislador ha establecido una pena considerablemente menor al aborto que aquellas que establece respecto del homicidio.

Y es el mismo legislador el que ha omitido el delito de lesiones del feto. Y al que ha restringido el aborto culposo, porque con dificultades cabe en el artículo 343 del Código Penal;

**SEXAGESIMOPRIMERO.** Que, en segundo lugar, la protección que establece la norma constitucional que se analiza, no puede reducirse al ámbito penal, toda vez que hay una serie de normativas, que no tiene este carácter y que se enmarcan dentro del mismo propósito.

En efecto, nuestro ordenamiento jurídico contempla normas que protegen la maternidad y otras normas que protegen al que está por nacer.

Entre las normas que protegen la maternidad, se encuentra, por vía ejemplar, la protección y vigilancia del Estado durante el embarazo y hasta seis meses de nacido el hijo (Código Sanitario, artículo 16). Enseguida, toda la normativa laboral. Así, el embarazo no puede ser un factor para contratar, para permanecer en el trabajo o para renovar el contrato (artículo 194); el pre

y post natal (artículo 195 y 197 bis); el permiso especial por enfermedad grave del niño menor de un año (artículo 199); el permiso especial por enfermedad gravísima del menor de 12 años (artículo 199 bis); el fuero maternal (artículo 201); el derecho a sala cuna (artículo 203); el derecho a dar alimentos (artículo 206). Después, se encuentra la normativa de seguridad social, como el bono por hijo en caso de jubilación (Ley N° 20.255).

Por su parte, entre las normas que protegen la vida del que está por nacer, también hay normas de distinto tipo. Desde luego, normas laborales. Por ejemplo, el pre natal (artículo 195); el descanso pre natal complementario por enfermedad (artículo 196); el derecho a pedir cambio de funciones durante el embarazo (artículo 202); el permiso de hasta tres días para el trabajador que sufra la muerte de un hijo en período de gestación (artículo 66, Código del Trabajo). También existen normas de reconocimiento. Así, se encuentra la Ley N° 20.558, que estableció el Día del Niño y Niña Prematuros; la Ley N° 20.699, que estableció el Día de la Adopción y del que está por nacer. Asimismo se encuentran las normas del Código Civil, que permiten diferir el castigo a la madre hasta después del nacimiento o que faculden al juez para adoptar medidas en caso que existiere peligro del no nacido (artículo 75); la que permite suceder y recibir donaciones (artículo 962 y 1390). También existen normas que protegen al embrión en la investigación científica (Ley N° 20.120). Asimismo, normas que impiden aquellos métodos de regulación de la fertilidad cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto (Ley N° 20.418). Del mismo modo, existen normas de seguridad social. Por ejemplo, el Programa Chile Crece Contigo, que permite acompañar el proceso de desarrollo de los niños y niñas que se atienden en el sistema público de salud, desde su primer control de gestación (Ley N° 20.379).

Todas estas normas apuntan a destacar que la protección del que está por nacer es heterogénea y no comprende solamente aspectos penales. Además, son diseñadas por el legislador. Se enmarcan, por tanto, dentro del diseño del artículo 19 N° 1 inciso segundo. Es decir, proteger al que aún no nace, en los términos que el legislador vaya estructurando;

#### **IX. EL CONCEPTO DE PERSONA EN LA CONSTITUCIÓN.**

**SEXAGESIMOSEGUNDO.** Que para los requirentes, el que está por nacer es una persona humana. En tal sentido, es un sujeto y puede adquirir y ejercer derechos.

El Ejecutivo y la Cámara de Diputados, por su parte, sostienen que la condición de persona comienza con el nacimiento;

**SEXAGESIMOTERCERO.** Que lo primero que cabe señalar es que el Código Civil señala que la existencia legal de toda persona principia al nacer (artículo 74). Y termina con la muerte natural (artículo 78). El nacimiento, agrega, se produce al separarse completamente de la madre (artículo 74). Asimismo, el Código define como persona a "todos los individuos de la especie humana" (artículo 55). Finalmente, como la existencia legal principia al nacer, ello en el Código Civil produce dos efectos. Por una parte, los derechos entregados al que está por nacer, quedan diferidos hasta que nazca. Si nace entra en su goce (artículo 77). Por la otra, si no nace, se reputa que no ha existido jamás (artículo 74). Ello ocurre tanto si muere en el vientre materno como si perece antes de estar completamente separado de su madre o si no sobrevive a la separación un momento siquiera (artículo 74).

Como se observa, a los nacidos el Código les denomina personas. Y a los que están por nacer, criatura.

Y nunca a las personas los considera como si no hubiesen existido;

**SEXAGÉSIMOCUARTO.** Que como se observa, el Código Civil pone énfasis en el nacimiento para hacer una separación.

Tenemos que analizar cuál es la visión que tiene la Constitución en la materia;

**SEXAGESIMOQUINTO.** Que la Constitución usa el término persona en doce de los veintiséis numerales del artículo 19. La emplea en el encabezado del artículo 19, y en los numerales 1, 2, 3, 4, 7, 9, 10, 12, 15, 16 y 24. En algunos de ellos, la emplea más de una vez (numerales 3, 7, 12, 15 y 16).

Además, la Constitución utiliza la expresión "persona" en singular (la persona) (artículo 12, 16, 19 N° 1, 2, 4, 10 y 12) y en plural (las personas) (artículo 1, 19 N° 15, 16 y 24). En algunos casos habla de "persona humana" (artículo 1°). También se refiere a "grupo de personas" (artículo 7 y 19 N° 15). Asimismo, enfatiza el que comprenda a "toda persona" (artículo 6, 19 N° 3, N° 7, 12 y 16), a toda "persona natural o jurídica" (artículo 19 N° 12); o a "alguna persona" (artículo 19 N° 7, letra c); o "cada persona" (artículo 19 N° 9).

En otras oportunidades la Constitución habla de "individuo" (artículo 19, N° 9 y artículo 21); de "habitante" (artículo 19 N° 18, y artículo 22); de "chilenos" (artículo 22); de "hombres y mujeres" (artículo 19 N° 2); de "particulares" (artículo 19 N° 24, inciso final);

**SEXAGESIMOSEXTO.** Que uno de los efectos más importantes de atribuir a alguien su condición de persona para efectos constitucionales, es que sólo estas tienen derecho. Así lo dice la Constitución. Los derechos se aseguran "a todas las personas" (encabezado artículo 19).

Lo mismo indica el artículo 1°, inciso primero de la Constitución: "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". También varios numerales del artículo 19 emplean la voz "persona" para resaltar el titular del derecho que establece y regula;

**SEXAGESIMOSÉPTIMO.** Que la Constitución se refiere al nacimiento en su artículo 1° (las personas nacen) y en el artículo 10, cuando regula la nacionalidad. También se refiere a la muerte, a propósito de la regulación de la pena de muerte (artículo 19, N° 1), de la muerte de los candidatos a Presidente (artículo 26) y de los montepíos (artículo 32 N° 11);

**SEXAGESIMOCTAVO.** Que la Constitución también construye su concepto de persona a partir del nacimiento.

En primer lugar, porque así lo establece el artículo 1° inciso primero de la Constitución. Este establece que "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

En la controversia desatada a raíz del presente requerimiento, se han dado una serie de argumentos para rechazar lo anterior.

El primero es que la expresión "nace" que utiliza el señalado artículo tiene un sentido distinto al hecho biológico del nacimiento;

**SEXAGESIMONOVENO.** Que, efectivamente, esta expresión apunta a resaltar el hecho que esta condición no se hereda. Las personas por ese solo hecho, y a partir de ahí, adquieren originaria y gratuitamente esa condición, sin que se necesite más. Automáticamente, por el nacimiento, sin que se requiera acto, contrato, registro o reconocimiento. También esta condición no se pierde. No es temporal, por un tiempo. Se tiene para siempre. De ahí que no se suspenda ni se prive, ni se cancele, ni se pueda renunciar a ella. Pasa a ser inherente. Además,

esta condición la tienen todas las personas. No hay ser humano o grupo de estos, privilegiados que tengan esta condición, y otros no. La tienen los hombres y las mujeres, cualquiera sea su orientación sexual o su identidad de género, los niños, los jóvenes, los adultos, los creyentes y no creyentes, los casados y los solteros, los que pertenezcan o no a etnias originarias, los que tengan alguna enfermedad o alguna discapacidad, los chilenos y los extranjeros. Al tenerla todos, es oponible también a todos;

**SEPTUAGÉSIMO.** Que, sin embargo, este no es el único sentido que se pueda atribuir a esta expresión. También, tiene el sentido de un hecho biológico.

Para la Constitución, en efecto, el nacimiento no es un hecho jurídico menor. Desde luego, la Constitución la usa para definir la nacionalidad, al distinguir entre los nacidos "en el territorio de Chile" y los nacidos "en territorio extranjero" (artículo 10 N° 1 y 2). Enseguida, la usa para establecer la ciudadanía. Conforme al artículo 13 de la Constitución, para ser ciudadano, hay que ser chileno. Asimismo, la Constitución lo utiliza para establecer el requisito de la edad. Este lo establece la Constitución para dos efectos. De un lado, para la ciudadanía. Se requiere 18 años de edad para ello (artículo 13). Del otro, para ocupar cargos públicos. Así, para ser Presidente de la República se requiere tener 35 años (artículo 25); para ser diputado, 21 (artículo 48); para ser senador, 35 (artículo 50); para ser Fiscal Nacional, 40 años (artículo 83); para ser contralor, se requieren 40 años (artículo 98). Finalmente, la utiliza para establecer la condición de persona (artículo 1° inciso primero);

**SEPTUAGESIMOPRIMERO.** Que el segundo argumento que se señala para no interpretar la expresión "nacen" del artículo 1° inciso primero, como el hecho jurídico

habilitante para adquirir la condición de persona, es un alcance que se hizo cuando se aprobó la reforma constitucional de la Ley N° 19.611, el año 1999.

En efecto, el artículo original del texto constitucional señalaba que "los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

La reforma incorporó la expresión "las personas" en reemplazo de la voz "los hombres".

Durante la tramitación de la reforma, se propuso incorporar la expresión "hombres y mujeres". Pero quedó en personas.

Recordemos que esta reforma incorporó en el artículo 19 N° 2, a raíz de la garantía de la igualdad ante la ley, que "hombres y mujeres son iguales ante la ley". Tal fórmula no la contemplaba el texto original de la Constitución.

Con ocasión del debate en Sala de la señalada reforma constitucional, se aprobó dejar constancia que "el nasciturus, desde la concepción, es persona en el sentido constitucional del término, y por ende, es titular del derecho a la vida";

**SEPTUAGESIMOSEGUNDO.** Que lo primero que cabe señalar al respecto es que antes y después de la Ley de reforma constitucional, el texto utiliza la expresión "nacen". Antes decía "los hombres nacen". Y ahora dice "las personas nacen". En este sentido, nada cambió.

Enseguida, es necesario sostener que el alcance no es parte del texto constitucional. Puede ser considerado un elemento de interpretación, siempre que no sea contrario a otros preceptos o al propio texto de la Constitución.

Asimismo, el alcance en ningún caso puede ser una ley interpretativa del propio texto que se está incorporando a la Constitución. Estas leyes son expresas

y tienen un quórum especial de aprobación (artículo 66). La Constitución 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). Dicha constancia no siguió ese procedimiento.

Del mismo modo, la constancia no buscó interpretar el artículo 1° que se modificaba, sino el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución. Buscaba entonces, fijar el sentido y alcance de otro precepto constitucional al que se modificaba (el artículo 1 inciso primero de la Constitución). Eso excede su ámbito.

Finalmente, 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.

El alcance que se formuló en la Sala tercgiversa ese propósito, pues limita su autonomía frente al nasciturus;

**SEPTUAGESIMOTERCERO.** Que también se ha sostenido en esta controversia, que la expresión "persona" es equivalente a "especie humana" y "naturaleza humana".

El argumento es el siguiente. Existe una naturaleza humana, que no depende del nacimiento. La tiene incluso el no nacido. Dicha naturaleza le da derechos. Es esta la que se los entrega, no el Estado. Este tendría, por tanto, derecho a la vida;

**SEPTUAGÉSIMOCUARTO.** Que, al respecto, cabe señalar primeramente, que la Constitución emplea la expresión



"derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" (artículo 5°).

Sin embargo, el mismo texto agrega que tales derechos no son cualquiera, si no aquellos "garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". 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".

En el mismo sentido, se expresa el encabezado del artículo 19: "la Constitución asegura a todas las personas". Lo mismo dice el artículo 39 de la Constitución (el ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución "asegura" a todas las personas).

Alguien podría sostener, sin embargo, que la expresión "asegura" y no "otorga", permite afirmar que hay derechos inherentes a la naturaleza humana.

Al respecto, hay que señalar dos cosas. Por una parte, puede concordarse en que hay ciertos derechos que emanan de la naturaleza humana. Pero aquellos de los que aquí nos ocupamos, son los que la Constitución asegura. Por la otra, a propósito de la definición de bien común, la Constitución establece que este debe procurarse con "pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece". No es, por tanto, cualquier tipo de derechos sino los que la Carta Suprema crea y configura.

Por lo demás, el artículo 19 N° 26 señala que los preceptos legales que regulen o complementen derechos o que los limiten, no son cualquiera, sino que son aquellos cuyas garantías "esta establece".

Además, recordemos que por la ley de reforma constitucional N° 19.295, se incorporó un nuevo derecho,



en el artículo 19 N° 25: el de crear y difundir las artes. Qué sentido tendría dicha incorporación si hay derechos que emanan "de la naturaleza humana". Lo mismo reitera el artículo 20 cuando regula el recurso de protección, que ampara los derechos y garantías "establecidos en el artículo 19...".

Por lo demás, cuáles serían esos derechos, qué contenido tendrían, quiénes serían sus titulares, contra quién y de qué modo se ejercerían, cuáles son sus límites.

Finalmente, aquí la controversia no es sobre estos derechos que existirían más allá de un ordenamiento jurídico. Es sobre el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución;

**SEPTUAGESIMOQUINTO.** Que también se ha sostenido en esta controversia que la expresión "individuo de la especie humana" comprende al que está por nacer.

Recordemos que el artículo 55 del Código Civil señala que son personas "todos los individuos de la especie humana".

Cabría ahí, porque no se hace distinción, el embrión o feto.

Sin embargo, el mismo artículo 55 agrega que no cabe distinguir para asignar esta condición en base a factores como la "edad, sexo, estirpe o condición".

Al utilizar como factor de distinción la edad, hay un problema porque ésta se cuenta a partir del nacimiento. Consecuente con eso, el Código dice que la concepción se infiere de la época del nacimiento según una regla que entrega (artículo 76). Y el estado civil de hijo se prueba mediante el certificado de nacimiento (artículo 305).

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.

También, el Código distingue entre las personas, que necesitan haber nacido, de los que están por nacer, a quien el Código denomina "criatura", "no nacido".

Se trata, en todo caso, de una discusión legal, no constitucional;

**SEPTUAGESIMOSEXTO.** Que un segundo argumento para sostener que el que está por nacer no es persona, la da el propio artículo 19 N° 1 de la Constitución.

Este parte por señalar que la Constitución asegura a todas "las personas". Es a estas a quienes les reconoce derechos. Luego, el inciso primero del artículo 19 N° 1, garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y síquica a "la persona".

Sin embargo, el inciso segundo ya no emplea la expresión "persona". Habla "del que está por nacer".

Tal como se dijo en estrados por el abogado del Ejecutivo, si la Constitución hubiera querido asimilar el que está por nacer a persona, no habría empleado la proposición "del", sino que "de la" que está por nacer;

**SEPTUAGESIMOSÉPTIMO.** Que un tercer argumento, es que el resto de los numerales del artículo 19, razonan sobre la base de que la persona está nacida o tiene una edad determinada. Por lo mismo, no es un mero error de redacción. Por ejemplo, el no nacido no puede ser imputado de delito. Por eso el artículo 19 N° 3 inciso cuarto, habla de "toda persona imputada de delito". Asimismo, las personas tienen derecho a la honra y respeto y protección a la vida privada (artículo 19 N° 4). Del mismo modo, el artículo 7° reconoce el derecho de toda persona de residir y permanecer en cualquier lugar de la República y de trasladarse a uno o a otro y a

entrar o salir de su territorio. Eso no puede realizar el no nacido. También, no puede ejercer el derecho a elegir un sistema de salud (artículo 19 N° 9), ni el derecho a la educación (artículo 19 N° 10), ni a la libre contratación en materia laboral (artículo 19 N° 16), etc.

El no nacido no tiene las condiciones habilitantes para que se le reconozca su condición de persona y titular de derechos.

Como se infiere de lo anterior, 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;

**SEPTUAGESIMOCTAVO.** 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.

El que está por nacer no necesita del estatuto de persona y 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;

**SEPTUAGESIMONOVENO.** Que, sin embargo, esta protección no puede hacerse sin la debida consideración a los derechos que tiene la mujer. La Constitución no habilita al Estado a que se pueda poner en peligro la vida de la madre ni le impone tener un hijo producto de una violación. Proteger al no nacido no es título para abandonar a la mujer. El que está por nacer no es el único protegido por la Constitución. El legislador debe buscar la fórmula para que el que está por nacer pueda hacerlo. Pero a partir de cierto límite, los derechos de la mujer deben primar.



El derecho a la vida que tienen todas las personas, tampoco es absoluto. Como se sostuvo en estrados, este se ve limitado por la pena de muerte (artículo 19 N° 1 de la Constitución). También, por una serie de instituciones que legitiman la muerte, como la legítima defensa, el estado de necesidad, el uso del arma de fuego por la autoridad policial.

De este modo, no puede considerarse, como se indicó en estrados, que la vida del que está por nacer sea la única que no puede ser afectada en ninguna circunstancia, por ninguna razón o interés;

#### **X. LAS CAUSALES QUE AUTORIZAN EL ABORTO.**

**OCTOGÉSIMO.** Que, a continuación, nos debemos hacer cargo de los reproches que se formulan a las tres causales que autorizan la interrupción del embarazo en este proyecto de ley.

Recordemos que el proyecto de ley mantiene la tipificación del aborto. El artículo 344 del proyecto establece que "la mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo".

Por eso, el artículo 119 que se introduce al Código Sanitario, establece las tres causales que autorizan la interrupción del embarazo.

Estas exigen, primeramente, que haya voluntad de la mujer de forma expresa, previa y por escrito. Enseguida, que se autorice la interrupción por un médico cirujano. Y, finalmente, que nos encontremos en las tres causales que el proyecto señala;

##### **1. La descripción de las causales.**



**OCTOGESIMOPRIMERO.** Que las tres causales son las siguientes. En primer lugar, está la que consiste en que la mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.

Como se observa, la causal está centrada en la mujer, pues exige riesgo vital para su vida. La interrupción del embarazo debe evitar el peligro que ello implica.

La actual normativa, es decir, el artículo 119 del Código Sanitario vigente, establece que "no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto". Esta norma existe desde el año 1989. Antes regía la norma del D.F.L. N° 725, de 1967, que permitía interrumpir un embarazo con fines terapéuticos.

La antigua causal de interrupción del embarazo "con fines terapéuticos", era mucho más amplia que la de riesgo vital.

La expresión "riesgo vital" no es ajena a nuestro ordenamiento. La ley que regula los Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud (Ley N° 20.584) la utiliza en tres oportunidades. Por de pronto, para definir la atención médica de emergencia (artículo 10 y 15). También para la hospitalización involuntaria (artículo 25). Además, para los casos en que el facultativo consulte al Comité de Ética del establecimiento si la decisión del paciente en torno a su tratamiento compromete su vida u ocasiona graves daños a su salud (artículo 17).

Para proceder a la interrupción es necesario, señala el artículo 119 bis que propone agregar el proyecto al Código Sanitario, contar con el respectivo diagnóstico médico;



**OCTOGESIMOSEGUNDO.** Que la segunda causal es que el embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso, de carácter letal.

Como se observa, mientras la causal anterior estaba centrada en la mujer, ésta está centrada en el embrión o feto.

La patología que debe reunir el embrión o feto debe cumplir con tres requisitos. Desde luego, tiene que ser congénita. Es decir, que se haya adquirido o desarrollado en el seno materno. Enseguida, debe tratarse de una patología que haga incompatible la vida extrauterina independiente del embrión o feto. Esto es, que no pueda vivir, aunque sea apoyado por tecnología, fuera del vientre materno. Finalmente, debe tratarse de una patología letal. Esto es, que cause la muerte del embrión o feto.

Esta causal exige la intervención de dos diagnósticos médicos en igual sentido de médicos especialistas;

**OCTOGESIMOTERCERO.** Que la tercera causal que permite la interrupción del embarazo, es que este sea producto de una violación.

Esta causal busca proteger la integridad física y síquica de la mujer, que ha padecido dos actos. Por una parte, el que ha sido violada. La violación es un delito que tipifica nuestro Código Penal en los artículos 361 y 362. Consiste, básicamente, en el acceso carnal, usando fuerza o intimidación, o aprovechándose que se haya privada de sentido o no pueda oponerse. También hay violación cuando se abusa de la enajenación por trastorno mental de la víctima. No se requieren dichas circunstancias si el acceso carnal es una persona menor de catorce años. Por la otra, es necesario que producto de esa violación, la mujer haya quedado embarazada.

Esta causal exige que el diagnóstico respectivo lo realice un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos. Dicho equipo debe confirmar, desde el punto de vista médico, la concurrencia de los hechos y la edad gestacional.

Esta causal es la única de las tres que exige un plazo máximo de gestación. Este es distinto según se trate de una niña menor de catorce años o no. Si la víctima es una niña menor de catorce años, la interrupción puede realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación. Si es mayor, el plazo máximo de gestación es de 12 semanas;

**OCTOGÉSIMOCUARTO.** Que de lo anterior, se infiere que las circunstancias que permiten configurar estas tres causales en el presente proyecto de ley, están tipificadas; reflejan situaciones graves; tienen estrictos requisitos y buscan que la mujer no sea sometida reproche penal alguno en caso que interrumpa el embarazo;

**OCTOGESIMOQUINTO.** Que como se observa, el proyecto de ley a diferencia de lo sostenido por los requirentes, no desprotege al que está por nacer. En primer lugar, porque sigue habiendo delito de aborto. En segundo lugar, porque el proyecto sólo libera de reproche penal en tres causales. En tercer lugar, porque las causales están sometidas a estrictos requisitos, que no dependen sólo de la voluntad de la mujer, pues exigen un diagnóstico médico. Finalmente, porque el proyecto no deroga ni modifica el conjunto de disposiciones legales de todo tipo que buscan proteger al que está por nacer;

## **2. La constitucionalidad de las tres causales.**

**OCTOGESIMOSEXTO.** Que los requirentes objetan cada una de estas causales. A ello nos abocaremos a continuación.

Sin embargo, hay que precisar ciertos aspectos del cuestionamiento, serán tratados aparte, en otro capítulo, pues están formulados como desigualdades antes la ley;

**a. La primera causal no vulnera la Constitución.**

**OCTOGESIMOSÉPTIMO.** Que como ya indicamos, los reproches que se formulan respecto de esta causal, es que permite un aborto directo, en circunstancias en que la Constitución tolera sólo el aborto indirecto. Enseguida, sostiene que la causal es innecesaria, porque el actual art. 119 del Código Sanitario permite el aborto indirecto. Asimismo, consideran que la causal que la hace procedente ("riesgo vital"), es ambigua. También reprochan que la causal se haga operativa mediante la intervención de un solo doctor, y no de dos o más, o de un equipo médico;

**OCTOGESIMOCTAVO.** Que, antes que nada, debemos separar los reproches jurídico-constitucionales, de las objeciones del mérito o conveniencia. Sólo de los primeros nos podemos hacer cargo. Los segundos son de apreciación del Congreso Nacional.

Consideramos que se encuentra en esta última situación el reproche de que no basta la intervención de un doctor. Se necesitan otros.

Sin embargo, dejamos constancia que entre 1931 y 1967, el aborto terapéutico exigía tres facultativos. Luego, entre 1967 y 1989, esto se rebajó a dos. El proyecto exige el diagnóstico médico de un médico cirujano.

Es posible sostener que dicha exigencia se funda en dos criterios. Por una parte, en los avances en la

medicina. Por la otra, a que la causal exige riesgo vital. Por lo mismo, no se puede retardar la atención del paciente en más consultas.

Por lo demás, en otras hipótesis de riesgo vital, es indudable que no se exigen más diagnósticos;

**OCTOGESIMONOVENO.** Que, también caen en el análisis de mérito el que la causal sea innecesaria, porque el actual artículo 119 permite el aborto terapéutico.

El Congreso consideró que era necesario legislar en esta materia. Se puede discutir sobre si efectivamente el artículo 119 permitía o no el aborto indirecto. El hecho es que esa disposición es reemplazada por un nuevo texto legal.

Nosotros no podemos juzgar la ley vigente. Sólo podemos hacerlo respecto del proyecto de ley que se nos ha sometido a examen;

**NONAGÉSIMO.** Que tampoco podemos hacernos cargo de argumentos que implican el control de ejercicio o aplicación de disposiciones legales. Eso es propio de la inaplicabilidad o de recursos de ilegalidad. El control que está ejerciendo esta Magistratura en esta oportunidad, es un control de constitucionalidad de naturaleza abstracta.

Por eso no podemos hacernos cargo del reproche que sostiene que la causal puede ser usada para encubrir muchas hipótesis. No podemos especular en la materia;

**NONAGESIMOPRIMERO.** Que el primer reproche jurídico constitucional que se formula a la causal es que la Constitución permite sólo el aborto indirecto, en circunstancias que la norma que se examina permite el aborto directo.

Detrás de ese reproche está la doctrina del doble efecto. Esta postula que es lícito moralmente agotar las posibilidades de salvar a la madre y al feto. Pero que si



eso no es posible, y se salva la madre, no hay intención de matar al feto;

**NONAGESIMOSEGUNDO.** Que, al respecto, cabe señalar que la Constitución no se refiere al aborto. Ya examinamos que en la expresión "protege" no hay un mandato penal, sino que un encargo general al legislador para que ampare o defienda al que está por nacer. Indudablemente no excluye la intervención penal. Pero, como todo delito, es entregado en su configuración al legislador;

**NONAGESIMOTERCERO.** Que, por otra parte, por la Ley de los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, la decisión de cómo proceder no es únicamente del facultativo, porque dicha normativa exige el consentimiento del paciente. Por lo mismo, no puede haber un aborto indirecto sin dicha voluntad. Es la mujer la que debe establecer cómo proceder. Ni aún en caso de riesgo vital, se puede proceder sin ese consentimiento (artículo 15 letra b);

**NONAGESIMOCUARTO.** Que, en todo caso, en cualquiera de los tipos de aborto, el resultado será siempre el mismo: la muerte del feto. En el aborto no hay muerte natural del que está por nacer. Hay una acción médica que provoca su muerte. En este caso concreto, dicha muerte es porque el embarazo pone en peligro vital a la mujer;

**NONAGESIMOQUINTO.** Que no hacer nada frente al riesgo que produce el embarazo en la mujer, es una forma de decidir. Requerida por la mujer la interrupción del embarazo y diagnosticado por el cirujano el riesgo vital, no cabe otra solución que la interrupción para salvar la vida de la madre;

**b. La segunda causal no vulnera la Constitución.**

**NONAGESIMOSEXTO.** Que respecto de esta causal, se afirma que es difícil de diagnosticar. También, que el que está por nacer no puede ganar o perder derechos de acuerdo a su estado de salud. Asimismo, hay un riesgo para la salud de la madre, toda vez que este aborto no tiene plazo; y entre más edad gestacional tenga el feto, mayor riesgo para ella. Del mismo modo, no repara el efecto psicológico en las madres que el aborto produce, afectando su integridad física y psíquica, que le garantiza la Constitución. Además, se sostiene, que dos doctores para certificar la causal no es suficiente, dado que la muerte encefálica se exige un equipo de médicos y certificación unánime e inequívoca. Finalmente, se reprocha que no hay acuerdo entre los especialistas respecto al listado de enfermedades que se encuentra en esta causal;

**NONAGESIMOSÉPTIMO.** Que al igual que en el caso anterior, debemos separar las objeciones de las que nos podemos hacer cargo de aquellas que no.

No podemos hacernos cargo que la norma exija dos médicos para certificar la causal. En todo caso, el contraste que se formula respecto de la muerte encefálica no es efectivo. La Ley N° 19.451 exige que la certificación unánime e inequívoca sea otorgada por un equipo médico. Pero el reglamento de la ley (D.S. N° 35/Salud/2013), estableció que dicho equipo debe estar compuesto por "a lo menos dos médicos cirujanos, uno de los cuales deberá desempeñarse en el campo de la neurología o neurocirugía" (artículo 17). Por lo mismo, se exigen también dos facultativos;

**NONAGESIMOCTAVO.** Que tampoco nos podemos hacer cargo de lo difícil del diagnóstico de la patología. Se trata nuevamente de un control de aplicación de normativa, no de atribución de facultades.

Por lo demás, lo fácil o difícil del diagnóstico de una determinada enfermedad no hace más o menos constitucional la norma.

También hay que considerar que la enfermedad que permite la interrupción del embarazo no es la única enfermedad de difícil diagnóstico en nuestro país. Ello no ha impedido que opere la medicina o se paralice el proceso de atender el paciente.

Asimismo, este tipo de obstáculos no pueden impedir la posición legal que otorga el proyecto de ley a la mujer. Los médicos deben desplegar el máximo esfuerzo que su ciencia les permita, para que no se sume a la patología del feto, el peligro sustantivo de una parálisis decisoria por falta de un diagnóstico correcto y oportuno.

Sin duda que los facultativos deben actuar sobre la base de una información relevante, completa y confiable. Pero eso no se lo puede garantizar el proyecto de ley. Tiene que ver más con especialidades médicas, infraestructura, equipamiento;

**NONAGESIMONOVENO.** Que en relación a la objeción del efecto psicológico en las madres y su eventual amenaza en la integridad física y síquica, cabe señalar que durante las audiencias públicas se aludió a distintos estudios. En unos, se afirmaba que el aborto era perjudicial en estos casos; mientras en otros, se sostenía que era aliviador.

Como es la madre la que inicia el proceso de interrupción del embarazo, sin perjuicio de toda la información y el acompañamiento que pueda tener, es ella la que asume conscientemente los efectos de su decisión.

No podemos partir de la base, como se sostuvo durante las mismas audiencias públicas, que a la mujer se le nubla el juicio en estas circunstancias. Eso, en todo

caso, no emanaba de los estudios. La mujer es la que debe decidir si continuar adelante con el embarazo, no obstante la patología del embrión o feto, que necesariamente terminará en la muerte de éste, o que quiere terminar con esta situación y proceder a interrumpir el embarazo. ¿Por qué tiene que decidir el juez, el marido, el médico y no la mujer? Mientras la mujer está embarazada puede celebrar actos y contratos, es responsable ante la ley, puede seguir trabajando o estudiando, puede ser candidata, puede votar. Para todos esos actos no se la considera con esta interdicción pasajera;

**CENTÉSIMO.** Que respecto del eventual riesgo en que pueda incurrir la madre, producto de que el aborto no tiene plazo, hay que considerar que la decisión está sujeta al informe previo y favorable de dos diagnósticos médicos en igual sentido. Y no de cualquier médico, sino que de "médicos especialistas". Por lo mismo, hay que confiar en la capacidad de ese equipo y en la *lex artis* que lo guía.

Otras enfermedades, no obstante, que producen un riesgo mayor en el paciente, no requieren de este tipo de diagnóstico colectivo.

Por lo demás, el riesgo es asumido íntegramente por la mujer, toda vez que se requiere su consentimiento;

**CENTESIMOPRIMERO.** Que lo anterior guarda armonía con el mandato de protección del que está por nacer, toda vez que la decisión de interrupción del embarazo siempre constituirá una medida de "última ratio", de modo tal que debe intentarse siempre disminuir al máximo la posibilidad de un error en el diagnóstico y acercarse desde lo científico a la mayor certidumbre que sea posible, de manera de evitar los perjuicios derivados de una determinación que tendrá carácter de irreversible;

**CENTESIMOSEGUNDO.** Que en relación a la posibilidad de que se produzca el aborto y el feto logre sobrevivir, por una parte, el proyecto contempla que el prestador de salud debe proporcionar los cuidados paliativos. En el caso que no los necesite, está la regla general del sistema de salud; y, por tanto, deberá sujetarse a este. No es que no haya regla para el caso que nazca vivo y sobreviva sin dificultades. La situación compleja de que nazca vivo y con dificultades, el proyecto la soluciona. Si el feto nace vivo, tiene todos los cuidados de cualquier persona. Y, por eso, la ley habla de parto.

De todas maneras, se trata de una situación excepcionalísima, toda vez que la causal implica que la patología sea incompatible con la vida extrauterina independiente;

**CENTESIMOTERCERO.** Que, por otra parte, en cuanto al capítulo de los requerimientos que expresan que la despenalización sería más bien una prestación médica que se constituye en un auténtico derecho subjetivo, no es posible desconocer que la Constitución Política asegura a todas las personas, en el artículo 19 N° 9, el derecho a la protección de la salud, lo que conlleva que las acciones de salud que ahí se establecen el Estado está obligado a garantizarlas, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley. Como se ve, corresponde al Estado y los particulares otorgar las prestaciones de salud, en el caso del aborto en las causales despenalizadas, considerando que se verifica una afectación a la vida e integridad física y psíquica. La protección de la salud es un derecho constitucional que permite garantizar el derecho a la vida;

Las prestaciones médicas que se derivan de la de la interrupción del embarazo, en las causales de justificación que se despenalizan, son inherentes e

indispensables, no puede entenderse aquella sin una política de salud o sanitaria en esta situación por parte del Estado. Su omisión haría incurrir al Estado en responsabilidad por falta de servicio.

Por lo anteriormente expresado, las prestaciones médicas para practicar el aborto justificado, no son un nuevo derecho subjetivo, sino, sólo una concreción y confirmación del derecho constitucional a la protección de la salud, que debe garantizarse a las mujeres como titulares universales del mismo y que se encuentran enfrentadas a la decisión de interrumpir su embarazo. No hay un derecho nuevo, sino la garantía de igualdad ante la ley, pues se trata de una categoría eventual de pacientes que deben ser tratados de la misma forma;

**CENTÉSIMOCUARTO.** Que, finalmente, se sostiene que el feto no puede ganar o perder derechos de acuerdo al estado de salud.

Ya explicamos en otra parte de esta sentencia, que el feto no tiene derecho a la vida, por no ser jurídicamente persona.

Se trata, además, de un embrión o feto que padece una patología letal. Por lo mismo, la decisión es si la muerte se va a producir antes o después de la interrupción, estando fuera de la hipótesis de protección de la vida que está por nacer.

Como señalaremos más adelante, no se puede imponer a la mujer una carga de soportar su embarazo a todo evento con este embrión o feto destinado a fallecer. Ella es la que tiene que decidir, con los dos facultativos especialistas;

**c. La tercera causal no vulnera la Constitución.**

**CENTESIMOQUINTO.** Que en relación a la causal de violación, se sostiene que medicamento no se justifica

porque estamos frente a una mujer sana, y un feto sano. Por lo mismo, es un asesinato. Enseguida, se sostiene que el alivio al trauma de la violación no es el aborto; por lo mismo, hay un efecto negativo en la salud de la mujer, que afecta su integridad física y psíquica. También, se reprocha que hay un riesgo para la mujer. Por otro lado, se cuestiona el que no se tomen los resguardos adecuados para acreditar la violación. De ahí que se permite darla por establecida para tomar decisiones que comprometen la vida del que está por nacer. Finalmente, el acompañamiento del proyecto a la mujer que tiene que decidir, no es obligatorio; y no es un acompañamiento disuasivo;

**CENTESIMOSEXTO.** Que nuevamente debemos distinguir entre los cuestionamientos jurídico-constitucionales y aquellos de mérito o de crítica a la regulación establecida en el proyecto.

El que se sostenga que el alivio al trauma de la violación no es el aborto, es una decisión de conveniencia o mérito. Es el legislador el que apreció que era una alternativa de solución. En todo caso, no es una decisión impuesta por el Estado, sino que recae en la decisión de la mujer y del equipo médico encargado de examinarla.

En esta misma categoría se ubica el alegato de que la causal se puede prestar para abusos. Eso es un control de aplicación de ley. El fraude a la ley no es sin más un asunto de constitucionalidad;

**CENTESIMOSÉPTIMO.** Que no es efectivo que se trate de una mujer indemne. Cualquier mujer que haya sido violada, y más encima embarazada producto de esa violación, tiene un trauma. Este podrá ser mayor o menor; pero no puede ser desconocido;

**CENTESIMOCTAVO.** Que en relación a que el feto está sano, no es la única causal que ello puede suceder.

Tratándose de la causal de riesgo vital, este no necesariamente es producto de alguna patología del feto. Puede ser consecuencia de enfermedades de la madre, previas o adquiridas, desarrolladas o no, producto del embarazo.

Por otra parte, el énfasis no tiene que estar puesto en el embrión o feto, sino que en el sufrimiento de la mujer.

Más todavía si, como se señaló en las audiencias públicas por la doctora Huneeus, el 66% de los embarazos por violación corresponden a adolescentes. De ellos, el 12% son menores de 14 años; y el 7% son menores de 12 años. Y en el 92% de esos casos, la violación la cometen familiares; y en casi la mitad de esos casos, son reiteradas.

Por lo tanto, estamos frente al sufrimiento de una menor;

**CENTESIMONOVENO.** Que se trata de darle a la mujer una defensa tardía del ataque vejatorio de que fue objeto. La mujer no tiene por qué hacerse cargo de los efectos del delito. En efecto, una cosa es el embarazo, que dura un tiempo. Y otra es la maternidad, que dura toda la vida.

Por lo demás, todas las convenciones internacionales más arriba individualizadas, establecen como deber del Estado evitar la violencia física, sexual y psicológica contra la mujer;

**CENTESIMODÉCIMO.** Que en cuanto al riesgo de la mujer, al verse expuesta a un aborto, a diferencia de las otras causales, esta tiene plazo. Ya señalamos que ese plazo es de 12 semanas para las mujeres mayores de 14 y 14 semanas para las menores de esa edad.

Dicho plazo implica que hasta antes de finalizar ese período, la mujer tiene la opción de interrumpir el

embarazo. Después de vencido ese plazo, el legislador entiende que ha asumido este, renunciando a dicha interrupción. Y por lo mismo, debe continuar con él, como cualquier otra mujer. Esa es una forma de proteger al que está por nacer.

El plazo está establecido sobre la base que como las violaciones con embarazo afectan a niñas, estas no se percatan de la situación hasta que es evidente.

El plazo disminuye el riesgo, porque este aumenta con la edad de gestación;

**CENTESIMODECIMOPRIMERO.** Que en cuanto al argumento que no se contemplan soluciones alternativas y que el acompañamiento no es obligatorio, cabe señalar que el proyecto obliga al prestador de salud a entregarle a la mujer información verbal y escrita sobre las alternativas a la interrupción del embarazo. Dicha información debe ser completa y objetiva. En cuanto a que el programa de acompañamiento no es disuasivo, eso no lo hace inconstitucional. Lo relevante es que sea la mujer que decida cómo obtiene una mejor reparación. Ni el acompañamiento ni la información, pueden ser coactivas. Es decir, estar destinados a forzar la voluntad de la mujer en un determinado sentido. Lo importante es que haya acogida, apoyo y redes de apoyo. Sólo así se respetan adecuadamente sus derechos;

**CENTESIMODECIMOSEGUNDO.** Que en cuanto al argumento que la violación, antes de proceder a la interrupción del embarazo, debe estar acreditada judicialmente, cabe señalar lo siguiente.

Por de pronto, cuando cualquier persona llega a un hospital, aunque haya participado en un delito, se le atiende. No se le pide acreditar su participación en el hecho delictivo. Se procede inmediatamente a entregarle el tratamiento que corresponda. No se le condiciona a que demuestre que ha sido víctima o partícipe del delito.

Para iniciar el procedimiento de interrupción, la ley también sigue la misma lógica. Separa la atención del paciente de la parte judicial.

Por eso, el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal obliga a toda persona que se encuentra a cargo de un establecimiento de salud a dar cuenta al fiscal de la entrada de cualquier individuo que tuviere lesiones corporales de significación. Pero no se le autoriza a negar o condicionar la atención médica.

Enseguida, el proyecto obliga a hacer las denuncias que correspondan. Para tal efecto, hace un distinguo. De un lado, la mujer mayor de 18 años. Esta, de acuerdo al artículo 369 del Código Penal, no está obligada a hacer denuncia a la justicia o al Ministerio Público. No obstante eso, el proyecto dice que si la mujer no hizo la denuncia, los jefes de los establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares, deben poner en conocimiento del Ministerio Público este delito.

Del otro, tratándose de menores de 18 años, dichos jefes deben proceder a hacer la denuncia y notificar al Servicio Nacional de Menores.

No es, por tanto, que el asunto penal no importe. Es sólo que no condiciona el procedimiento de interrupción.

Asimismo, el equipo médico debe concentrarse en confirmar la ocurrencia de los hechos y la edad gestacional, y respetar el principio de confidencialidad médico paciente. En dicho equipo deben existir todos los profesionales que puedan aportar en la situación que la mujer señala (médicos, psicólogos, psiquiatras).

Los informes que este equipo evalúe serán determinantes para la decisión e incluso para la comprobación del delito en la investigación penal.

Finalmente, el proyecto establece que la comparecencia de la víctima a los actos del procedimiento

judicial es siempre voluntaria, sin que quepa ningún tipo de apremio;

#### **XI. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD.**

**CENTESIMODECIMOTERCERO.** Que, por otra parte, es necesario someter el alegato de los requirentes al test de proporcionalidad. Ellos sostienen que la mejor manera de proteger al que está por nacer es mediante medidas penales;

**CENTESIMODÉCIMOCUARTO.** Que en cuanto a la idoneidad, la pregunta central es si la medida penal es la más eficaz para proteger al no nacido.

En los anexos acompañados por el Ejecutivo en su contestación, viene una serie de estadísticas no controvertidas por los requirentes. En ellas se señala que durante el año 2014 hubo 30.799 egresos hospitalarios por aborto. No obstante, entre el año 2005 y 2016, el número de mujeres formalizadas por delito de aborto y por aborto sin consentimiento, corresponden a 378 mujeres. Las mujeres condenadas sólo ascienden a 148.

Ello demuestra inmediatamente que la persecución y sanción penal no ha sido el mecanismo idóneo para proteger al no nacido.

Hay que señalar, además, que en esa cifra de 30.000 no se incluyen los abortos clandestinos.

De la sola lectura de estas cifras, se demuestra que la **protección** penal no es la más idónea;

**CENTESIMODECIMOQUINTO.** Que en cuanto al test de necesidad, ya anotamos en otra parte de esta sentencia que el derecho penal es siempre última ratio. Por lo mismo, por definición, hay otras medidas menos lesivas.