



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

ISSN: 0718-0012

Legal Publishing Chile

Morales Zúñiga, Héctor A.

El concepto de persona en el Código Civil: criterios, fundamentos y consecuencias normativas

Ius et Praxis, vol. 24, núm. 1, 2018, pp. 361-396

Legal Publishing Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19758807010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Trabajo recibido el 1 de marzo de 2016 aprobado el 5 de octubre de 2016

El concepto de persona en el Código Civil: criterios, fundamentos y consecuencias normativas

THE CONCEPT OF A PERSON IN THE CHILEAN CIVIL CODE: CRITERIA, GROUNDS AND NORMATIVE CONSEQUENCES

HÉCTOR A. MORALES ZÚÑIGA*

RESUMEN

Durante las últimas décadas de la dogmática civil, ha existido una creciente preocupación por perfilar los contornos del concepto de persona. La constitucionalización del derecho civil, así como el surgimiento de dilemas bioéticos ha gatillado que un amplio espectro de autores hayan intentado elucidarlo. El Código Civil chileno contiene un conjunto discreto de reglas que explícitamente determinan los requisitos para contar como persona. Sin embargo, no es del todo claro cuál es la extensión de esta conceptualización ni si admite su uso en los diversos contextos de discusión en los que se presenta. Dado lo anterior, corresponde preguntarse por el sentido de la regulación que ofrece el Código. El artículo proporciona un panorama de la discusión sobre el concepto de persona en la dogmática chilena y sugiere la distinción entre criterios, fundamentos y consecuencias normativas del concepto, como una forma más precisa de análisis.

ABSTRACT

During the last decades, civil dogmatic has dealt more intensely with the concept of a person. The constitutionalisation of civil law and the emergence of bioethical problems have triggered an increasing attention to it. The Chilean Civil Code contains a discrete set of rules which establishes the requirements for being considered a person. However, both the extension of this configuration and the use of the concept in different contexts are contested. Due to this fact, the question about the general sense of this legal configuration is extremely relevant. The paper provides an outlook on the debate about the concept of a person in the Chilean dogmatic and suggests that the distinction among criteria, grounds and normative consequences is useful for a clearer analysis.

* Profesor Instructor de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Chile). Doctorando en la Universidad de Graz, Austria. Avenida Padre Hurtado 750, Viña del Mar, Chile. Correo: hector.morales@uai.cl.

Agradezco los comentarios que Esteban Pereira Fredes, Flora Ben-Azul Mandiola y dos árbitros anónimos hicieron a una versión preliminar de este trabajo.

PALABRAS CLAVE

Persona, bioética, embrión, estatus moral.

KEY WORDS

Person, bioethics, embryo, moral status.

1. Introducción

El Código Civil chileno, en un sobrio elenco de disposiciones, establece los requisitos que deben satisfacerse para ser considerado persona. Hasta la década del sesenta, estos no comportaban mayor dificultad para la dogmática nacional¹. Este panorama ha experimentado un cambio radical, particularmente desde los años noventa. En mi opinión, hay dos líneas explicatorias plausibles: la constitucionalización del derecho privado y los dilemas que plantea la aplicación de la tecnología en el desarrollo de la vida humana.

La primera, se refiere a aquel rasgo del estado constitucional, en virtud del cual la Constitución irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico, afectando por ende al derecho civil². Este impacto se traduce en la consideración del ser humano como un ser dotado de dignidad.

La segunda explicación, se vincula con el uso del concepto de persona para lidiar con dilemas bioéticos. Dado que en ocasiones se demandan respuestas desde el sistema jurídico, estas se articulan desde las categorías que el mismo sistema contiene. En este sentido, las reglas del Código sobre la personalidad participan de la red de argumentos que se ofrecen en tales controversias³.

Mientras que la constitucionalización del derecho privado ha generado un giro en el entendimiento de la personalidad, los dilemas bioéticos han hecho de este giro un asunto no meramente teórico, sino que uno eminentemente práctico. De esto, por cierto, no se sigue que previo a la constitucionalización no existieran señales respecto a la conexión entre el concepto de persona y la dignidad humana; como tampoco que este concepto no desempeñare rol alguno en problemas tales como el de la permisibilidad del aborto consentido. No obstante, la intensidad que ha adquirido la dimensión moral del concepto

¹ Para un análisis de la discusión más relevante, a saber, “la ventaja del concebido, pero no nacido”, véase en extenso, HENRÍQUEZ (2011).

² Sobre el efecto de irradiación en general, véase ALDUNATE (2003). Para su despliegue en el derecho civil, véase DOMÍNGUEZ (1996) y TAPIA (2005), pp. 362-366.

³ TAPIA (2005), pp. 87-90.

de persona⁴, así como su recurrente apelación para resolver este tipo de disyuntivas⁵, no tiene parangón.

Siendo el estado de la cuestión, es relevante preguntarse: ¿existe algún problema en el uso del concepto civil de persona? ¿Debe ser empleado solo en contextos jurídicos o puede extenderse a asuntos constitucionales y, en general, morales? Según creo, la respuesta supone despejar cuál es el sentido de este concepto.

Consideremos como punto de inicio la siguiente afirmación: la personalidad es algo adicional al hecho de pertenecer a la especie humana. Como lo indica Neil MacCormick, cada orden normativo institucional atribuye personalidad de acuerdo a sus propios *criterios*;⁶ uno de ellos podría ser la pertenencia a la especie humana. Ahora bien, junto a estos criterios, se hallan los *fundamentos* de los mismos. Estos, a su vez, son inteligibles a la luz de las *consecuencias normativas* que son ligadas al concepto de persona.

Consideremos el siguiente ejemplo:

- (i) que un ser sea considerado persona significa que puede serle imputada responsabilidad por sus actos;
- (ii) el juicio de imputación supone la agencia racional de aquel ser;
- (iii) los individuos de la especie humana son esencialmente racionales.

Bajo este esquema, (i) corresponde a las *consecuencias normativas* del concepto de persona, (ii) a los *fundamentos* de los criterios, y (iii) a –al menos– uno de los *criterios*. Usualmente, las reglas son transparentes en relación a las *consecuencias normativas y criterios*, pero no en cuanto a los *fundamentos*; aun cuando los *criterios* simplemente pueden entenderse como especificación de los *fundamentos*. Esto es relevante a la hora de atribuir significado a las disposiciones jurídicas, puesto que –pienso– la inteligibilidad de estas depende de una comprensión de estos tres elementos⁷. Por consiguiente, una respuesta precisa a la pregunta formulada respecto al uso del concepto de persona, tiene que dar cuenta de (i), para luego analizar la coherencia con (ii) y (iii). El objetivo de este trabajo es –precisamente– analizar cómo la dogmática nacional ha efectuado tal ejercicio.

⁴ Por “dimensión moral” entenderé las consecuencias normativas morales vinculadas al concepto de persona. En cambio, por “dimensión patrimonial”, las consecuencias normativas económicas.

⁵ Para un análisis de la apelación al concepto de persona en el contexto del debate moral sobre el aborto, véase MORALES (2016).

⁶ MACCORMICK (2011), p. 106.

⁷ Que sea relevante no comporta que sea determinante. En definitiva, esto vendrá mediado por la comprensión que tengamos de la función que desempeña el derecho y del punto del recorrido del péndulo entre forma y sustancia en que debemos detenernos.

Comenzaré con una breve sección (2) dedicada a estudiar la génesis y fuentes del articulado. Luego (3) presentaré la evolución de la dogmática civil en torno a la comprensión de los *criterios, fundamentos y consecuencias normativas* del concepto de persona. La última sección (4) ofrece una evaluación de la discusión y sugiere asumir determinadas distinciones para proveer de mayor claridad al debate.

2. Génesis y fuentes

2.1. Bello y el proyecto revolucionario

Andrés Bello supo ponderar adecuadamente el anhelo de libertad, propio del impulso independentista revolucionario, con la necesidad de orden emanada de la pretensión de construir una nación⁸. No entendió la independencia como una ruptura absoluta con el régimen español, sino que como un puente hacia el restablecimiento de un orden dotado de legitimidad⁹. Nuestro Código Civil, entonces, resulta ser una expresión de ese espíritu conciliador del pasado colonial con las ideas de la revolución o –lo que es lo mismo– de la tradición con el progreso¹⁰. Esto se materializó en que Bello respetó gran parte del derecho castellano que regía en las Indias y, a la vez, inscribió en el Código los principios políticos fundamentales que sustentaron la ofensiva contra el *ancien régime*: libertad, igualdad y voluntad¹¹.

En relación al concepto de persona, Andrés Bello fue un convencido liberal. Repudió la herencia española que establecía estatutos jurídicos diferenciados, y abrazó radicalmente el principio de igualdad. Así lo manifiestó en el artículo 55 del Código:

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

A diferencia de lo que acontecía en la época colonial¹², el Código no admite discriminación alguna basaba en la edad, género o estrato socioeconómico. La personalidad se atribuye a todo individuo por el solo hecho de pertenecer a la especie humana. Este giro no fue baladí, puesto que uno de los ámbitos en que se manifestaba con mayor fuerza la desigualdad del derecho de Indias, era justamente este. Guzmán denomina a tal peculiaridad, “la falta de unidad del

⁸ JAKSIC (2001), p. 23; SQUELLA (1983).

⁹ JAKSIC (2001), pp. 24-25.

¹⁰ TAPIA (2005), pp. 31-34.

¹¹ TAPIA (2005), pp. 35-40; GUZMÁN (1982), pp. 454-459.

¹² Para un análisis pormenorizado, véase DOUGNAC (1994), pp. 13 y ss.

sujeto de derecho”¹³. La condición de indio, extranjero, hombre, mujer, católico, era suficiente base para justificar un estatuto jurídico diferenciado.

La extensión del proyecto liberal, será el eje de la disputa –en particular en cuanto al concepto de persona– sobre la correcta interpretación del Código Civil.

2.2. El Código

La historia de nuestra codificación fue abundante en proyectos¹⁴; el libro primero, “De las personas”, no figuró sino hasta 1853¹⁵. Salvo en su numeración, que originalmente correspondía al precepto 54, el artículo 55 no recibió modificaciones.

De acuerdo a ciertos comentaristas, esta disposición sería original en su redacción¹⁶. Otros, en cambio, lo niegan. En sus *Explicaciones*, Robustiano Viera señala que Bello “la copió del Código de Luisiana”¹⁷. Se refiere al Código de Luisiana de 1808, el cual en su Título I del Libro I conceptualiza la personalidad. Contra lo sugerido por este autor, no es posible hallar una regla equivalente a la del Código chileno; en rigor, sustantivamente distaba bastante del ideal igualitario, pues –entre otras cosas– disciplinaba en detalle el régimen de la esclavitud¹⁸.

Andrés Bello no emitió comentarios sobre el artículo 55. Sí lo hizo, en cambio, respecto de los artículos 74 y siguientes. El artículo 74 establece que:

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.

Así, los requisitos del Código para que principie la existencia legal de la persona son la separación completa de la madre y la supervivencia de la criatura, siquiera un instante, a dicha separación. Esta regulación del Código, responde a una modificación del sistema antiguo. En relación a las condiciones para suceder, el Fuero Real exigía diez días de supervivencia de la criatura y el

¹³ GUZMÁN (1982), p. 69.

¹⁴ Para un acabado análisis de la formación del Código Civil, véase GUZMÁN (1982).

¹⁵ GUZMÁN (1982), p. 342; GUZMÁN (2000), pp. 174-175.

¹⁶ Pedro Lira observa que “[l]a amplia y generosa definición de persona natural no figura en otros códigos”, BELLO (1981), nota en p. 63. Véase también, LIRA (1944), p. 20.

¹⁷ VERA (1892), p. 60.

¹⁸ La versión original del Código se encuentra disponible en: <http://digestof1808.law.lsu.edu> (Última visita: 14/02/2017).

bautismo de la misma¹⁹. El Fuero Juzgo, solo el bautismo²⁰. Las Siete Partidas, en cambio, requerían que la criatura además tuviese forma humana²¹. Finalmente,

¹⁹ Libro IV, Título II, Ley XVIII: *“Del tiempo que han de vivir los niños para ser herederos de sus padres. La cosa ques dubdosa, si non fur departida por razón, mochas veces cae en error; ca mochos omes solen entender, si el nonp que es nacido é muere ayna, si pode haber la bona del padre: é á esta entencion queremos Nos poner tal término. La razón de natura tal es, que aquel que nasce, non pode prender nenguna cosa en ó mundo, ante que á si mesmo que es fecho de tenébras. Dóncas ¿en qual manera pode prender heredat sobre tierra, el que non pudo prender el comenzamiento de la luz deste mundo? é quien non pudo usar de los elementos de que era fecho, ¿cómo podrá aun las cosas que non lo deyaron vivir? ¿E cómo haberá partida de las cosas deste mundo en su norte (aunque lo debiera haber si vivese), al que fu mas exegada de la norte que la vida? é asi en medio de la luz es luego morto, é es entrado en as tenebras? Porque los padres puedan haber la buena del tal fiyo, es mestén que la vida del niño sea tal que como poder haber la vida celestial, asi haya la vida terrenal. E establecemos que aquel que nasce, non debe haber la bona de los padres, fueras (si desopois que fur nascido), **resceber Bautismo, e viver diez días** y que todo ome que cobdiza ganar la bona del padre, ó de la madre por este niño, este esforze de ganarle ante la vida celestial por el Bautismo, é asi, aquel que finca despois, él haya la bona, é quando el niño ha la tierra por heredar é las cosas celestiales quel’son apareyadas, sos herederos hayan las cosas terrenales: é este gane las cosas que son de vida; é estotro gane las cosas que desfalese; é que si el morto non pode usar las cosas terrenales, derecho es si al que non, que poda ganar las cosas celestiales.”* (Negritas añadidas por el autor).

²⁰ Libro III, Título VI, Ley III: *“Si el que muriere dexar su muger preñada, e non oviere otros fijos, los parientes propincos del muerto en uno con la muger escriban los bienes del muerto antel alcalle, e tengalos la muger. Et si despues nasciere fijo o fija, e **fuer baptizado**, aya todos los bienes del padre: et porque non se pueda facer engaño en la nascencia del fijo o de la fija, el alcalle con los parientes sobredichos ponga dos mugeres bonas al menos que esten delante a la nascencia con lunbre, e non entre y otra muger a aquella ora, fuera aquella que la oviere a servir a la paricion. Et esta sea bien catada que non pueda facer engaño; et si la criatura muriere ante que sea bautizada, hereden su buena quel pertenesce los parientes mas propincos del padre, e no de la madre: e si despues que fuere baptizada muriere, heredelo la madre.”* (Negritas añadidas por el autor).

²¹ Partida IV, Título XXIII, Ley N° 5: *“De la criatura que nasce de la mujer preñada non auiendo forma de ome.- Non deuen ser contados por fijos, los que nascen de la mujer, e **non son figurados como omes: assi como si ouiesen cabeza o otros miembros de besti**. E porende no son tenudos el padre, nin la madre de heredarlos en sus bienes: nin los deue auer: maguer sea establescidos por herederos. Mas si la criatura que nasce a figura de ome: maguer aya miebros sobejanos o meguidos, nol empesce para poder heredar los bienes de su padre o de su madre e de los otros parientes”.* (Negritas añadidas por el autor).

Partida VII, Título XXXIII, Ley VIII: *“Del declaramiento de otras palabras.- [...] Otrosi dezimos, que los fijos que nascen muertos que son asó como non nacidos, nin criados, e por eso non se quebranta por ellos el testamento q el padre, o la madre ouissen fecho. E otrozi dezimo, que los q nascen en **figura de bestia**, o contra la vsada costubre de la natura, que son como fantas no son dichos fijos: e de estas razones fablamos complicadamente en el titulo que fabla de estado de los omes que es puesto en la quarta partida desde nuestro libro”* (destacados míos). Hasta el año 2011, el Código Civil español establecía como requisito la figura humana. En su artículo 30 disponía que “Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.”; véase PUIG BRUTAU y PUIG FERRIOL (1979), pp. 24-30. La regla actual eliminó tales condiciones, disponiendo que “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.” (Negritas añadidas por el autor).

la Ley Nº 13 de Toro exigía nacer vivo, sobrevivir al menos veinticuatro horas y ser bautizado²².

Andrés Bello comenta que:

“[I]a condición de vivir veinticuatro horas después del nacimiento, no parece de utilidad alguna. ¿Se dirá que puede muchas veces ser dudoso si el recién nacido ha vivido ó no un momento después de la separación? La misma duda se presentará para decidir si estaba vivo ó no en el momento de cumplir las veinticuatro horas. Añádase á esto la dificultad de medir con absoluta precisión este espacio de tiempo.

El nacer todo vivo y tener figura humana, son condiciones que darían lugar á dudas y cavilaciones. La de ser bautizado fomentaría la práctica anti-canónica del bautismo administrado sin necesidad por personas incompetentes.”²³

Este tipo de observaciones pragmáticas llevó a Bello a alejarse del derecho indiano. Lo mismo ocurrió con el Código Civil francés. Si bien el Código Napoleónico no contiene una definición de la persona ni del comienzo de su existencia legal, en algunos artículos se refiere a ello. Por ejemplo, el artículo 725 a propósito de los requisitos para suceder establece que “Para heredar es preciso existir necesariamente en el momento en que la sucesión se determina. Por consiguiente, son incapaces de heredar: 1) El que aún no ha sido concebido; y 2) El niño que no ha sido viable”. Bello adhirió a la tesis opuesta: la de la vitalidad. Según el artículo 74, basta que la criatura haya sobrevivido siquiera un instante a la separación de su madre para atribuirle personalidad. No se requiere, por tanto, un juicio sobre la aptitud de vida del neonato²⁴.

²² Ley Nº 13 de Toro: “Por evitar muchas dubdas que suelen ocurrir cerca de los hijos que mueren recién nascidos, sobre si son naturalmente nascidos, o si son abortivos. Ordenamos e mandamos que el tal fijo se diga que naturalmente es nascido, é que no es abortivo cuando nació vivo todo, é que **á lo menos después de nascido vivió veinte é cuatro horas naturales, é fue baptizado antes que muriese**, é si de otra manera nascido murió dentro del dicho término, ó no fue baptizado mandamos que el tal fijo sea habido por abortivo, é que no pueda heredar á sus padres, ni a sus madres, ni á sus ascendientes, pero si por ausencia del marido o por el tiempo del casamiento claramente se provase que nació en tiempo que no podía vivir naturalmente mandamos que, aunque concurran en el dicho hijo las cualidades susodichas, que no sea habido por parto natural ni legítimo” (Negritas añadidas por el autor).

²³ AMUNÁTEGUI (1885), pp. 143-144.

²⁴ Algunos insistieron en entender que, en este aspecto, el Código de Bello era un continuador del Código Civil francés. Es el caso de Jacinto Chacón, para quien el Código exige la viabilidad o capacidad física de vida, para ello se atendería al único índice sustancial, el haber sobrevivido siquiera un instante a la separación de la madre, CHACÓN (1881), p. 66. En igual sentido, VERA (1892), p. 48. En contra, C.D.P. y SÁNCHEZ (1897), p. 97.

En suma, si bien es poca la información sobre el articulado, es posible apreciar una preocupación eminentemente patrimonial –centrada en las condiciones para atribuir derechos sucesorios– a la hora de reflexionar en torno a los detalles que demarcan la vida como persona. Predominaban las *consecuencias normativas* susceptibles de valoración económica y entregaban sentido a los requisitos establecidos en el Código.

3. El concepto de persona en la dogmática civil chilena

3.1. Los primeros intérpretes del Código Civil

Los primeros trabajos jurídicos sobre el Código fueron las llamadas “Instituciones”²⁵, obras cuya finalidad principal era la de ser textos que sirvieran como manuales a los alumnos que cursaban los estudios de Derecho²⁶. Las *Instituta de Derecho Civil* de José Victorino Lastarria²⁷ y las *Instituciones de Derechos Civil* de José Clemente Fabres integran esta categoría. Dada su pretensión meramente didáctica y mnemotécnica, es escaso lo sustantivo que puede encontrarse en estas obras²⁸.

Algo más agudo es Jacinto Chacón en su *Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil chileno*. El autor enfatiza la titularidad del derecho de dominio y sostiene que:

“[p]ersona natural es el hombre en cuanto es capaz de adquirir, i en este concepto todo individuo de la especie humana es persona, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. En el derecho romano el esclavo no era una persona, porque no era capaz de propiedad.”²⁹

Por otra parte, Chacón señala que el artículo 75 parece un reglamento de policía³⁰. Su justificación se hallaría en que el nacimiento es fuente de derechos y, por ende, la ley resguardaría que “la criatura que está por nacer llegue a ser

²⁵ GUZMÁN (1986), p. 152.

²⁶ Sobre la historia de la cátedra de derecho civil en la Universidad de Chile, VALDIVIESO (2005).

²⁷ LASTARRIA (1863).

²⁸ Fabres, por ejemplo, escribe que “[p]ersona es un ser capaz de derechos y obligaciones; la cual puede ser natural, como cualquier individuo de la especie humana, ó ficticia, que debe su existencia á la ley, y se llama jurídica.” FABRES (1863), p. 13. El autor advierte tanto lo que podemos llamar el aspecto activo de la personalidad –capacidad para adquirir derechos–, como el pasivo –capacidad para contraer obligaciones.

²⁹ CHACÓN (1881), p. 48.

³⁰ Art. 75. La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra.

capaz"³¹. Esta interpretación es coherente con la atribución de personalidad legal *solo* desde el nacimiento.

Debido a la ausencia de material de apoyo, cada profesor basaba sus clases en sus propios apuntes³². Surgen así una serie de "Explicaciones basadas en las clases de...". La primera de ellas fue la de Paulino Alfonso, que se basaba en las clases de Enrique Cood y José Clemente Fabres³³. Se aprecia una mayor referencia a las fuentes de las reglas. Por ejemplo, se indaga en las razones que habrían llevado a Bello a no adoptar el sistema antiguo en materia de personalidad³⁴. Al respecto, Cood y Fabres en la transcripción de Alfonso, expresan su conformidad con las razones prácticas ofrecidas por Bello para no adoptar el modelo español de las veinticuatro horas, agregando la arbitrariedad que presentaría:

"[...] era completamente arbitrario e injustificado designar el plazo de 24 horas; ¿por qué habría de no concederse existencia legal al que solo hubiera sobrevivido 12, o 6, o 5, o media hora, o cinco minutos?"³⁵

En cuanto al bautismo, también manifiestan su conformidad:

"[e]l requisito del bautismo trajo su oríjen en el antiguo Derecho de las disensiones de los españoles con los moros, a quienes no concedían aquéllos los mismos *derechos civiles* que a los cristianos. El sentimiento religioso, i ann [aún] las conveniencias políticas fueron los móviles de eete [este] proceder; como estas circunstancias han desaparecido del todo para nosotros, también es lójico que desapareciera la disposición que fué su reflejo i consecuencia."³⁶ (cursivas nuestras).

Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.

³¹ CHACÓN (1881), p. 65.

³² En relación al rechazo de los materiales de estudio, VALDIVIESO (2005), pp. 46 y ss.

³³ ALFONSO (1882).

³⁴ ALFONSO (1882), pp. 179-182.

³⁵ ALFONSO (1882), p. 180.

³⁶ ALFONSO (1882), p. 180. En España, Puig Ferriol señala que el requisito del bautismo tenía más bien una finalidad práctica, cual era "no hacer incierta la existencia de la persona, por cuanto quedaría constancia de su nacimiento en los registros parroquiales", PUIG BRUTAU y PUIG FERRIOL (1979), p. 24. Tal exigencia se mantuvo en España hasta 1870 con la dictación de la Ley del Registro Civil o Matrimonio Civil (art. 60), que hizo consistente la regulación civil con la Constitución de 1869 que estableció la libertad de cultos. A su vez, el Código Civil español de 1889 sólo mantuvo como requisitos la supervivencia de 24 horas y la figura humana, PUIG BRUTAU y PUIG FERRIOL (1979), p. 25; LETE DEL RÍO (1986), pp. 38-39. Un punto curioso en Cood y Fabres, es la pregunta que se hacen sobre el momento de la animación del feto: "¿Al cuánto tiempo de la concepción se anima el feto? Esta cuestión es importante, porque si el aborto se produce ántes de dicho tiempo, es claro que la criatura que no tenía aun vida, no ha podido tampoco sobrevivir ni por un momento siquiera a la separación del cuerpo materno [...] lo probable es

Indirectamente, los autores parecen restringir las *consecuencias normativas* de la personalidad a la dimensión estrictamente patrimonial o civil, esto es, a la capacidad para adquirir derechos civiles.

En otros apuntes, también tomados en las clases de Enrique Cood y José Clemente Fabres, y asimismo, en las de Leopoldo Urrutia, Luis Claro Solar y José Francisco Fabres³⁷, se lleva adelante la actividad interpretativa de una manera un poco más elaborada. En relación al estatus del embrión, se advierte una interpretación original:

“[e]l nacimiento dá la personalidad al hombre, éste antes de nacer [...] es un embrión de persona, en ese estado no es persona ni cosa, es una persona futura, eventual ó contingente.”³⁸

Sin embargo, al mismo tiempo, aseveran concluyentemente que los artículos 75 y 77 adscriben personalidad al *nascituras*. Así, el nacimiento –al menos para tales efectos– carecería de relevancia:

“[...] como sabemos que toda persona lo es desde el momento de la concepción, tenemos que si un hombre muere dejando en cinta, el que está por nacer *hereda á su padre* aunque sea póstumo, porque á estos se les considera nacidos y con todos los derechos de tal para todo lo que les favorece.”³⁹ (cursivas nuestras).

El punto inicial de los autores –la distinción entre personas, cosas y personas eventuales– es prontamente precisado, restringiéndolo a la capacidad para suceder.

Ahora bien, y vinculado a esto último, el primer comentarista que notó cierta incoherencia entre los artículos 74 y 75, fue Robustiano Vera. Según este, el primer inciso del artículo 75:

“tiende a proteger al que está por nacer, puesto que tiene *derecho a la protección de las leyes* desde el momento de su concepción, a pesar de lo que establece nuestro Código en el artículo anterior, que solo la existencia de toda persona comienza al nacer, no obstante esto, ¿por qué el Código Penal castiga al aborto premeditado?”⁴⁰ (cursivas nuestras).

que no haya vida miéntras no se pronuncia la figura humana: en el feto masculino, ántes de 40 días; en el femenino, ántes de 4 meses aproximadamente.” ALFONSO (1882), p. 181.

³⁷ C.D.P. y SÁNCHEZ (1897).

³⁸ C.D.P. y SÁNCHEZ (1897), p. 97. Esta posición se asemeja a la que sostuviese FIGUEROA (1995), pp. 54-58.

³⁹ C.D.P. y SÁNCHEZ (1897), p. 100.

⁴⁰ VERA (1892), p. 61. Una fórmula que se ensayará en la doctrina actual para zafar de dicha incoherencia, es distinguir entre el embrión como objeto de protección y como titular de derechos subjetivos, BASCUÑÁN (2002), pp. 178 y ss. El artículo 75 no le asignaría un derecho subjetivo a la vida,

Este párrafo resulta interesante puesto que Vera parece distanciarse de la lectura exclusivamente patrimonial. Lo relevante para el autor, no sería tanto la protección patrimonial, como la “protección de las leyes” en general. Por esto culmina apelando a la consistencia entre esta regla y el aborto. Con todo, dado que no es explícito, podría reconstruirse el bien jurídico protegido por el delito de aborto como un reforzamiento de la potencialidad del *nasciturus* para ser persona y adquirir derechos patrimoniales.⁴¹

En breve, algunos de los primeros intérpretes del Código se esforzaron por articular una interpretación más precisa de los preceptos que definen a los sujetos de las relaciones jurídicas, sin embargo, dado el poco diálogo académico y la escasez de referencia comparada, el nivel fue deficiente. Comienzan, sin embargo, a delinear algunos énfasis que persistirán en las interpretaciones subsiguientes, tales como, la naturaleza eminentemente patrimonial de la personalidad y el carácter opaco de los derechos atribuidos al concebido, pero no nacido. Asimismo, la relación entre la eventual personalidad del feto y el aborto, adelanta la mayor de las controversias actuales.

3.2. Claro Solar y la etapa científica

Esta etapa se encuentra marcada por la publicación en 1898 de la monumental obra de Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. Al igual que sus antecesores, considera a la persona como sujeto de derechos, pero puntualiza que:

“[I]a palabra persona se opone [...] a la palabra hombre y en este sentido se dice que un hombre puede asumir en sí la representación de varias personas; así un tutor puede obrar sea para sí mismo, sea para su pupilo [...]. La persona por excelencia es el hombre; pero por una ampliación de la noción de personalidad, se ha reconocido la calidad a seres abstractos, meras creaciones de la inteligencia.”⁴²

pero afirmaría que es un bien digno de tutela. Entonces, ante la interpelación de Vera de *¿por qué el Código Penal castiga al aborto premeditado?*, los defensores de esta distinción podrían contestar que el embrión merece protección jurídica, pero que dicha protección no necesariamente descansa en la titularidad de un derecho subjetivo.

⁴¹ Vera establece una diferencia entre el valor de la mujer, del nacido y del no nacido. Sugiere que el delito de aborto: “[e]s considerado menor que el infanticidio, porque se necesita mayor perversidad para destruir a un ser animado que produce impresión en los sentidos, que para destruir un ser a quien aun no se ve i cuya existencia en el mundo no es todavía mas que una esperanza.” VERA (1883), p. 540. Igualmente, a propósito, tanto de la inviabilidad del feto como de aquellas situaciones que ponen en riesgo la vida de la mujer embarazada, sostiene que las teorías que permiten el aborto en tales casos “descansan en la necesidad de salvar la vida de la madre, que está sobre la de un feto, que importa mas a la sociedad i a la familia el que ella viva” VERA (1883), p. 543.

⁴² CLARO (1978), p. 170.

Por primera vez en la dogmática civil, se realiza un ejercicio analítico para distinguir a la persona del ser humano. Para Claro Solar, habría dos razones para defender esa distinción. La primera, la representación de varias personas por un mismo ser humano. A todas luces un mal argumento, puesto que quien asume la representación de varias personas es también una persona. La segunda, la expansión de la personalidad a seres abstractos. El autor está pensando en las personas jurídicas. Sin embargo, esta razón también fracasa, ya que es perfectamente compatible sostener que todos los hombres son personas, pero que además hay personas que tienen un soporte ficticio.

Otro punto interesante en Claro Solar, se vincula con la coordinación de los artículos 55 y 74. Este afirma que:

“[t]odo individuo de la especie humana tiene [...] la capacidad o aptitud legal de poder llegar a ser *sujeto* de derechos [...] Los individuos de toda edad gozan de la personalidad, aunque atendiendo a esta misma circunstancia la ley divida las personas en capaces e incapaces; todos pueden adquirir derechos, aunque no puedan ejercerlos por sí mismos.”⁴³

Claro Solar no sostiene de manera tajante que todo ser humano tiene la aptitud legal para adquirir derechos, sino solo que tiene la aptitud legal para poder *llegar a ser* sujeto de derechos. Antes del nacimiento, la capacidad legal de estos sería nula. Podemos afirmar también, que no hay razones para pensar que Claro Solar asumía una comprensión más amplia de la personalidad. Esto, pues, se limita a la noción de sujeto de derecho y a la posibilidad de representar sus intereses.

Un trabajo peculiar en la doctrina civil chilena, son los *Estudios sobre el Código Civil chileno* del ecuatoriano Luis Borja. La primera república que adoptó el Código Civil chileno fue la de Ecuador, promulgando su texto el día 4 de diciembre de 1860⁴⁴. En tal contexto, el autor escribe una obra de siete volúmenes en la que compatibiliza la exposición de antecedentes de derecho comparado con agudas críticas a la obra de Bello. Su pretensión, como lo advierte en el prólogo, es presentar un trabajo de “largo aliento”, que sea útil a todos quienes estudien el derecho civil chileno –que sería el derecho civil sudamericano⁴⁵.

En este extenso trabajo, aparece por vez primera un germe de *fundamentación* del artículo 55. Borja sostiene que se dividen “las personas en naturales

⁴³ CLARO (1978), pp. 171-72.

⁴⁴ El Código, previamente, había sido sancionado por el gobierno el 6 de marzo de 1858, GUZMÁN (2000), pp. 374 y ss.

⁴⁵ BORJA (1901a), pp. x-xi.

y jurídicas, esto es, [...] seres humanos que, *dotados de razón*, son hábiles para adquirir derechos y contraer obligaciones [...]”⁴⁶.

La racionalidad sería la base de la atribución de derechos. Borja no avanza más allá, pero el argumento podría ser el siguiente: todo ser dotado de razón es sujeto de derechos y obligaciones; y dado que la especie humana es naturalmente racional, por tanto, todo ser humano racional es sujeto de derechos y obligaciones. El artículo 55 reconocería la naturaleza racional del hombre y proscribiría todo tipo de discriminación en la atribución de derechos distinta a la pertenencia a la especie humana. Tan propietario podría ser un hombre libre como un esclavo, un hombre como una mujer, un adulto como un niño⁴⁷.

Con todo, la lectura crítica que Borja hace del artículo 55, reafirma la compresión esencialmente patrimonial de la personalidad⁴⁸. Sostiene que este sería impreciso, puesto que debió haberse vinculado expresamente a la capacidad de goce, que constituiría la única dimensión de la persona que le preocuparía al derecho civil⁴⁹.

En cuanto al artículo 75 señala que se encontraría fundado en un derecho a la existencia⁵⁰. De este modo, Borja adhiere a la tesis según la cual el artículo 77 no otorgaría personalidad al *nasciturus*:

“[c]uando ella [la criatura] está concebida, la ley vela por su existencia y por sus derechos. Pero la existencia misma es hipotética ya que el verdadero nacimiento, esto es el haber vivido la criatura después de la completa separación del vientre materno, es lo que determina si la criatura llega á ser persona capaz de adquirir y transmitir derechos.”⁵¹

Nuevamente, no hay preocupación por consideraciones no patrimoniales que pudiesen llegar a justificar aplicar el concepto de persona al *nasciturus*.

Un incipiente quiebre en esta tesis restrictiva puede encontrarse en Alfredo Barros Errázuriz. Recuperando una frase clásica, sostiene que:

⁴⁶ BORJA (1901b), p. 6.

⁴⁷ Este énfasis podía ya detectarse en la crítica que hiciera Bello a la exigencia del bautismo para contar como persona: “Agréguese que, según la *Constitución*, no parece necesario el bautismo para el goce de los derechos civiles. Un turco puede residir entre nosotros, comprar y vender, testar, heredar y ser heredado, y naturalizarse también”, en AMUNÁTEGUI (1885), p. 144.

⁴⁸ Este énfasis podía ya detectarse en la crítica que hiciera Bello a la exigencia del bautismo para contar como persona: “Agréguese que, según la *Constitución*, no parece necesario el bautismo para el goce de los derechos civiles. Un turco puede residir entre nosotros, comprar y vender, testar, heredar y ser heredado, y naturalizarse también”, en AMUNÁTEGUI (1885), p. 144.

⁴⁹ Borja (1901b), p. 8.

⁵⁰ BORJA (1901b), p. 197.

⁵¹ BORJA (1901b), pp. 213-14.

“[l]as personas son el primer objeto del estudio del Derecho, porque toda ley se ha establecido por causa de ellas, *omne jus personarum causa constitutum est.*”⁵²

Desde luego, el desplazamiento no es radical, sin embargo, da espacio para leer la frase “toda ley se ha establecido por causa [de las personas]” como refiriéndose a que la función del derecho es proteger todo tipo de intereses de las personas, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales. Luego, podríamos agregar, parece no haber fundamento para, por ejemplo, negar algún nivel de protección –basada en consideraciones morales– al concebido, pero no nacido.

La etapa que denominamos científica, contribuyó a una mejor compresión de las reglas sobre la personalidad del Código Civil. Por un lado, Claro Solar introdujo la distinción relevante de pertenecer a la especie humana y ser persona. Si bien no operaron como un buen argumento para las conclusiones que pretendía establecer, sí permiten analizar el problema de una manera más precisa. Por otro lado, Luis Borja aportó con una rudimentaria línea de justificación de las condiciones que debe cumplir algo para ser persona. Finalmente, Alfredo Barros actuó como un punto de inflexión al introducir una consideración de la persona que sería desarrollada durante los años que vendrían.

3.3. El Decano taquigrafiado y las *Explicaciones de Vodanovic*

En 1930 se publica la primera versión del *Curso de Derecho Civil* de Arturo Alessandri Rodríguez. Este adopta la postura imperante, es decir, comprende a la persona en su faz estrictamente patrimonial⁵³. En este contexto, destaca la referencia que Alessandri realiza a la Constitución. El artículo 55 vendría a robustecer el principio de igualdad ante la ley plasmado en la Constitución Política de 1925⁵⁴. Esta referencia adquirirá importancia en las recientes interpretaciones de la personalidad.

Adicionalmente –tal como lo sostuviese Claro Solar⁵⁵–, Alessandri entiende que el fundamento del artículo 75 es el interés público (“razones de humani-

⁵² BARROS (1930), p. 169.

⁵³ BARROS (1930), p. 183. Agrega una breve referencia a los animales, al señalar que “podrán ser sujetos de derecho [las personas] por sus actos, contrariamente a lo que ocurre con los animales y las cosas que pueden ser únicamente objeto de derechos”. *Ídem*.

⁵⁴ Art. 10: “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: 1. La igualdad ante la lei. En Chile no hay clase privilegiada. En Chile no hai esclavos, y el que pise su territorio, queda libre. No puede hacerse este tráfico por chilenos. El extranjero que lo hiciere, no puede habitar en Chile, ni nacionalizarse en la República”.

⁵⁵ CLARO (1978), p. 221.

dad") y no la extensión de la personalidad al *nasciturus*. Para ello invoca razones demográficas: “[l]a ley tiene interés en que la criatura que se halla en el seno, nazca, porque con ello se tiene el incremento de la población y el engrandecimiento público”⁵⁶. De esta manera, pareciera que Alessandri desatiende la posibilidad de una doble dimensión de la personalidad.

En la tercera edición del *Curso de Derecho Civil*, redactada y puesta al día por Antonio Vodanovic –basado además en las clases de Manuel Somarriva–, hallamos un punto que se presenta como tangencial, pero que –en rigor– está en el centro del argumento: un esbozo de fundamento de los deberes que tendríamos para con los animales. Se sostiene que:

“Los animales [...] jurídicamente no están dotados de personalidad; no son sujetos de derechos y obligaciones [...] La protección que la ley les dispensa [a las bestias] sólo tiene por fundamento el interés social que existe en reprimir toda manifestación que hiera los sentimientos humanitarios.” (cursivas nuestras).⁵⁷

Esto indica que aun cuando pudiese haber algún interés en la protección de los animales no humanos, el concepto de persona se limita a la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

En cuanto a los artículos 75 y 77, se sostiene que “[e]l legislador toma en cuenta la existencia natural, o sea, la anterior al nacimiento, con el fin de proteger la vida y los derechos del que está por nacer”⁵⁸. A primera vista, esto pudiese parecer trivial, sin embargo, no lo es. En 1930 las razones que justificaban la protección del *nasciturus* eran instrumentales: el aumento de la tasa demográfica. En 1962, en cambio, las razones prestan atención al *nasciturus* como fin en sí mismo: lo relevante es la potencialidad que tiene para ser persona y por ende la exigencia de proteger la vida, que es presupuesto para actualizar esa potencialidad.

La obra de Alessandri es conservadora en cuanto persiste en un enfoque exclusivamente patrimonial. Sin embargo, aun resistiendo la ampliación del concepto de persona, considera que tanto los animales no humanos como el *nasciturus* merecen algún nivel de protección. Parcialmente, la discusión actual se entiende como un intento de incluir esta protección bajo las *consecuencias normativas* que se seguirían de afirmar que un ser cuenta como persona.

⁵⁶ ALESSANDRI (1930), p. 183. En este mismo sentido, afirmó que el artículo 77 sería una ficción legal, pues el *nasciturus* no sería persona. ALESSANDRI (1930), p. 186.

⁵⁷ ALESSANDRI et al. (1962), p. 126.

⁵⁸ ALESSANDRI et al. (1962), p. 135.

3.4. La personalización del derecho: Stitchkin y Fueyo

En 1952, el jurista español Federico de Castro y Bravo sostuvo que:

“[c]olocada la persona en el primer lugar del sistema del Derecho privado, se logrará impedir sea reducida a elemento o parte de cualquier comunidad o a circunstancia de una figura jurídica y se recordará que *hominum causa omne ius institutum sit*.⁵⁹”

Este párrafo da vigor a un discurso que destaca la centralidad de la persona para el derecho civil. En Chile, identificamos la asunción de tal derrotero en sendos trabajos de la década del sesenta de Fernando Fueyo y David Stitchkin.

El primero de ellos, junto con realzar la idea de persona como eje del derecho civil, contribuye con algunas distinciones originales respecto al artículo 55⁶⁰. Por ejemplo, deslinda diversos usos de la palabra persona⁶¹. Habría un concepto *biológico*, que alude al hombre en tanto miembro de la especie humana; otro *filosófico*, referido a un sujeto racional capaz de colocarse fines y realizarlos; y, finalmente, uno *jurídico*, que daría cuenta de los sujetos de derechos. Enseguida, Fueyo formula dos preguntas que frecuentemente surgen en las actuales discusiones bioéticas:

¿Todo hombre es persona?

¿Solo el hombre es persona?

A lo primero responde que no, pues solo serían personas aquellos hombres que cumplan con los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico. A lo segundo también responde negativamente, ya que serían personas todos los entes que le sirvan de sustrato⁶².

Fueyo termina esta sección de su artículo, concluyendo que:

“la persona, en términos jurídicos, coincide en general con la idea de hombre y es al hombre a quien se atribuye la condición de sujeto del Derecho. Con todo, hay veces que se restringe la extensión en relación con el hombre, y en ocasiones se la amplía.”⁶³

Después de este análisis, el autor llama la atención sobre la dependencia de la comprensión de la personalidad, del entendimiento —a su vez— del derecho.

⁵⁹ DE CASTRO (1952), pp. 17-18.

⁶⁰ El tema lo retomaría brevemente en la década de los noventa, donde señala que persona “[e]s el ser visible y racional que nace, se desarrolla y vive permanentemente en sociedad. Es al propio tiempo el titular de derechos, atributos, expectativas, obligaciones, deberes y responsabilidades. No en vano el Derecho centra su interés en la persona y hace que todo gire en torno a ella”, FUEYO (1990), p. 23.

⁶¹ Para la distinción entre diversos usos del concepto de persona, véase MORALES (2015).

⁶² FUEYO (1966), pp. 13-14.

⁶³ Fueyo (1966), p. 14.

Suscribe una tesis que denomina tridimensional, conforme a la cual el derecho es tanto norma, como conducta humana y valor. Sin embargo, respecto a las *consecuencias normativas* que se seguirían de la idea de persona, no es claro; se limita a describir la existencia de una postura ecléctica que la define como la conjunción de la personalidad –aspecto normativo– y el hombre –aspecto existencial⁶⁴.

En el aspecto moral, Fueyo valora positivamente tanto el aspecto igualitario del estatuto de la personalidad, la incorporación de su dimensión extrapatrimonial, como la centralidad que habría alcanzado la consideración de la persona en el derecho civil⁶⁵.

Finalmente, a Fueyo le asiste la convicción que el derecho civil va por buen camino al polarizar e institucionalizar a la persona. La creciente expansión de organizaciones colectivas como el Estado, los sindicatos y las entidades económicas y financieras, harían poner en riesgo la posición de la persona. El derecho civil habría hecho bien, al recuperar el rol central que le compete, y nuevamente comenzar a pensar su objeto desde ella. De igual forma, el derecho reaccionaría del modo adecuado, al traducir este reposicionamiento en instituciones jurídicas y, en general, en un “Derecho de la Persona”⁶⁶.

En la misma línea que Fernando Fueyo, el profesor David Stinchkin criticó el concepto decimonónico de patrimonio que identificaría la personalidad con la capacidad de goce⁶⁷. Esta asociación sería demasiado estrecha ante la multiplicidad de intereses que posee el ser humano; algunos de ellos tendrían una naturaleza material y otros una intelectual o moral. En este sentido señala que:

“la personalidad nacida del modesto concepto de capacidad, termina por envolverlo y por cubrir nuevos campos que atañen al hombre que ya ha ganado la batalla por la conquista de su derecho a la capacidad, pero sigue luchando por la conquista de su derecho a la personalidad integral.”⁶⁸

La personalidad sería la piedra angular del sistema y todo hombre la poseería, por el solo hecho de ser tal. Para Stinchkin, el derecho se configuraría como un medio para satisfacer los variados intereses que posee la persona. Un

⁶⁴ FUEYO (1966), pp. 14-16.

⁶⁵ FUEYO (1966), pp. 16-17.

⁶⁶ FUEYO (1966), pp. 21-22.

⁶⁷ Posteriormente abordaría el concepto de persona, destacando la igualdad defendida por Bello, pero negando su extensión al *nasciturus*, si bien, distingue entre la existencia natural –que principia en la concepción– y la legal –que principia con el nacimiento–, sostiene que la primera es irrelevante para el estudio de la personalidad, STITCHKIN (1969), pp. 69-71.

⁶⁸ STITCHKIN (1961), p. 11.

instrumento sería la capacidad de goce, que serviría para satisfacer sus intereses primarios o de subsistencia. De acuerdo al artículo 55, entonces, todo individuo que pertenece a la especie humana es sujeto de derechos⁶⁹. Esta comprensión, por cierto, no se ajusta al concepto tradicional de patrimonio como atributo de la personalidad. Es por esto que a sus componentes susceptibles de valoración económica, sería necesario incorporar intereses afectivos, morales e intelectuales que tienen incidencia en los intereses pecuniarios⁷⁰.

A pesar de la reticencia que tendría el derecho para reconocer tales valores extrapatrimoniales, dos de ellos serían evidentemente protegidos: el derecho de integridad física y el derecho de integridad moral⁷¹. De este modo –piensa Stichkin–, la lectura adecuada del artículo 55 sugeriría entender a la persona no solamente como un centro de imputación de derechos y obligaciones susceptibles de evaluación pecuniaria, sino que también como reducto de espiritualidad.

Los estudios de los profesores Fernando Fueyo y David Stichkin resultan fundamentales para entender el desarrollo que ha tenido la aproximación al concepto de persona en los últimos treinta años. Si bien, Barros Erráuriz lo había anunciado en la década de los treinta, no es sino hasta estos autores que comienza a articularse un argumento para defender la dimensión moral de la personalidad y negar su exclusiva consideración como un simple agente de mercado constituido en base a derechos y obligaciones civiles.

3.5. El manual de Humberto Pinto

Curiosamente, un manual de escasa divulgación, es el que con mayor detalle aborda las problemáticas del concepto de persona: el *Curso Básico de Derecho Civil* de Humberto Pinto. Adicionalmente, tiene el mérito de haber sido uno de los primeros autores chilenos en tematizar en extenso los derechos de la personalidad como derivación de la faz moral del ser humano.

En lo que al artículo 55 se refiere, Pinto resume su planteamiento como sigue:

“[c]onforme a la definición legal y otros elementos de juicio, las personas naturales o físicas tienen para el derecho los siguientes caracteres: a) sólo los seres humanos son personas; b) consecuencialmente todo ser humano es persona; c) el atributo de la personalidad es inherente pues a la calidad de persona; d) pero sólo las personas con existencia viviente son titulares de derecho; e) toda persona está dotada de una

⁶⁹ STITCHKIN (1961), p. 15.

⁷⁰ STITCHKIN (1961), pp. 16-19.

⁷¹ STITCHKIN (1961), p. 64.

doble existencia: natural y legal; f) toda persona tiene un *status*: el estado de las personas.”⁷²

Para Pinto *solo* el ser humano es persona. Por asimilación, se extendería a las personas jurídicas. El resto de entes solo son considerados por el derecho en función de los intereses morales, económicos e higiénicos del hombre⁷³. En diversos períodos históricos, sugiere Pinto, habrían sido reconocidos como sujetos de derechos, divinidades, santos, animales o plantas. Fue una conquista definitiva del derecho moderno, la tesis según la cual la calidad de sujeto de derecho *solo* le corresponde a los seres humanos⁷⁴. Pinto no ofrece argumentos de peso para apoyar esta afirmación, simplemente sostiene que se seguiría de la definición del artículo 55. Desde luego, esto es incorrecto. De que todos los alemanes sean europeos, no se sigue que solo los alemanes lo sean.

El autor, a continuación, añade una crítica al derecho romano, según la cual la privación del atributo de la personalidad a los esclavos en el derecho romano habría sido una aberración. Parece sensata esta postura, sin embargo, no se relaciona con el punto en cuestión –o al menos, requería de un desarrollo más acabado–, salvo que haya entendido que los esclavos no eran seres humanos, y que con la abolición de la esclavitud, lo que hizo el derecho romano habría sido adscribirle personalidad a un ser no humano⁷⁵.

Por otro lado, según Pinto, *todo* ser humano es indefectiblemente persona. Para defender esto, se apoya en la literalidad del texto del artículo 55 y en una posición crítica respecto del concepto de persona de Hans Kelsen. La persona no sería sólo un centro de imputación normativa, como habría defendido el autor de la *Teoría Pura del Derecho*⁷⁶, sino que es el presupuesto necesario de dicha normatividad:

“[...] el concepto de personalidad es una noción jurídica, uno de los arbitrios de la técnica legal para la protección integral del ser humano, en cuanto la persona humana está indefectiblemente acompañada por la personalidad de derecho, o personalidad jurídica.”⁷⁷

⁷² PINTO (1972), p. 5.

⁷³ PINTO (1972), pp. 4, 6.

⁷⁴ PINTO (1972), p. 2.

⁷⁵ El alcance de la noción de persona y su conexión con la esclavitud es sumamente discutido en la literatura especializada. Sobre la humanidad de los esclavos, véase D'ORS (1991), pp. 272-274. Sobre la ambigüedad del término persona en el Derecho Romano, véase GUZMÁN (1996), pp. 272-274; y, particularmente, BUCKLAND (1908), pp. 1-6. Recientemente, STAGL (2015): pp. 378 y ss.

⁷⁶ El argumento puede encontrarse en KELSEN (1979), pp. 178 y ss.

⁷⁷ PINTO (1972), p. 2.

Luego, para Pinto “[l]a noción de la personalidad [...] es consustancial con la naturaleza humana de la que el derecho no puede privar al ser humano”⁷⁸. La personalidad sería una forma de protección jurídica del ser humano, por lo que:

“[...] este atributo pertenece a todo ser de la especie humana viviente, tenga o no voluntad, sea infante o loco, adolezca de deformaciones o defectos físicos o anomalías patológicas, puesto que lo único que cuenta son las funciones fisiológicas de un ser nacido de mujer.”⁷⁹

Parece razonable que casi todas las cualidades indicadas por Pinto no sean condiciones necesarias para establecer un trato discriminatorio en la atribución de derechos subjetivos privados. La irrelevancia de la voluntad es controvertible. Como sabemos, existen diversas concepciones de los derechos subjetivos; principalmente la tesis de la voluntad y la tesis del interés⁸⁰. Si adoptamos la primera, deviene relevante la presencia o ausencia de voluntad en el individuo. Es extraño que tan solo algunas líneas más adelante, para resolver el conflicto del nacimiento de siameses, concluya señalando que el elemento definidor es la cabeza, en tanto portadora del entendimiento y creadora de la voluntad. Si la voluntad es irrelevante, no es plausible su elevación a categoría definitoria en el caso mencionado. Respecto al “entendimiento”, Pinto no emite pronunciamiento.

Por último y de manera superficial, establece que lo que caracterizaría a una persona es su vida individual y autónoma⁸¹. Este era un asunto con la suficiente densidad para haberle dedicado una extensión mayor, sin embargo, el autor no lo hizo.

En resumen, el trabajo de Humberto Pinto –si bien errado– contribuye en tanto ensayo de un conjunto de razones que pudiesen responder a las preguntas planteadas por Fueyo: ¿solo los seres humanos son personas? y ¿todos los seres humanos son personas? Las etapas finales de la presente reconstrucción demostrarán la importancia del esfuerzo de Pinto.

3.6. Entre realismo y formalismo: Vial y Lyon

Una postura singular es la suscrita por Víctor Vial y Alberto Lyon, en su *Teoría General de los Actos Jurídicos y de las Personas*, de 1985. Basados en un formalismo puro de estilo kelseniano, manifiestan que:

⁷⁸ PINTO (1972), pp. 3-4.

⁷⁹ PINTO (1972), pp. 6-7.

⁸⁰ Véase EDMUNSON (2004), pp. 119 y ss. En la literatura nacional, BARROS (2006), pp. 611-618.

⁸¹ PINTO (1972), p. 16.

“desde el punto de vista jurídico, el término “persona” no indica una cosa o entidad que posea una existencia natural, así como tampoco desde el punto de vista del derecho podemos concebir al hombre como esa unidad específica que denominamos persona [...] la “personalidad” es, en consecuencia, un producto del orden jurídico que éste puede ligar a cualquier sustrato de base estable [...] el hombre es persona, no por su naturaleza, sino por obra del derecho. No necesariamente el hombre debe estar dotado de personalidad ni tampoco necesariamente debe ser la única cosa o entidad que sea considerada por el derecho como persona.”⁸²

Hasta allí, un concepto puramente normativo de persona. La variación se encuentra en una extraña precisión:

“no se puede negar que toda personalidad jurídica (individual o colectiva) presupone ontológicamente el momento formal y abstracto de la persona humana: un ser con dignidad, un ser que es sujeto y no objeto, que posee libertad y sobre el cual gravita un destino.”⁸³

Es decir, los autores adoptan un realismo jurídico con un parecido de familia al defendido por Javier Hervada⁸⁴. Sin embargo, en la última edición del libro, esta vez rubricado solamente por Alberto Lyon y titulado *Personas Naturales*, se rechaza tal aproximación:

“[e]sta doctrina [el realismo], más que una reacción ante las atrocidades de los regímenes nazi y comunista es una reacción a las estrategias del postmodernismo actual, que pretende privar de contenido axiológico a las instituciones jurídicas y utilizar su cáscara para gozar del prestigio que ellas tienen en nuestra sociedad, precisamente para producir un cambio subrepticio en su moral. Ese método es el utilizado por todos los totalitarismos y, en consecuencia, el temor de la doctrina en comentario es justificable, pero no es suficiente como para justificar en términos jurídicos una postura nueva.”⁸⁵

En cuanto al artículo 55, señalan los autores que el ordenamiento jurídico chileno atribuye personalidad a todo ser nacido de mujer. La especificación se explicaría por la negación al requisito de figura humana⁸⁶.

⁸² VIAL y LYON (1985), p. 224.

⁸³ VIAL y LYON (1985), p. 225.

⁸⁴ HERVADA (1981), pp. 115 y ss. Para una crítica en la línea realista, véase CORRAL (2007c), p. 236.

⁸⁵ LYON (2007), p. 31.

⁸⁶ VIAL y LYON (1985), p. 227.

Finalmente, respecto a los artículos 75 y 77, Vial y Lyon afirman lo siguiente:

“[s]e supone que aquél que no ha nacido todavía no es persona, y que por lo tanto, *no puede adquirir derechos y contraer obligaciones* [...] Pero la aplicación práctica de un principio tan absoluto contradice la realidad humana y natural, que reconoce la vida de la criatura que se encuentra en el vientre materno [...] Como consecuencia del reconocimiento de esta existencia natural la ley protege *los intereses* del que está por nacer.”⁸⁷ (cursivas nuestras).

En suma, desde una concepción que desacopla al ser humano del rol de persona, transitan hacia la afirmación de que el presupuesto de este rol es un ser humano dotado de dignidad, para finalmente restringir la persona a su dimensión patrimonial. Una de las alternativas para proveer coherencia a la tesis de Vial y Lyon, es entender que *una* de las exigencias de la dignidad es la consideración del ser humano como un agente que puede participar en transacciones económicas, esto es, que le pueden ser atribuidos derechos y obligaciones. Así sortearían la inconsistencia interna del argumento.

3.7. La controversia bioética: Zapata, Corral y Figueroa

En la década de los setenta, principalmente en Estados Unidos, comenzó a cristalizarse una nueva disciplina que tenía por objeto dar cuenta de un conjunto de preocupaciones asociadas a la medicina y al conocimiento científico. El surgimiento de la Comisión Nacional de Bioética en 1974 y el resultado de su trabajo, el llamado *Informe Belmont* publicado en 1978, fueron las expresiones más representativas de ese nuevo campo de la ética, que desde entonces ha recibido el nombre de bioética⁸⁸.

Uno de los conceptos más recurrentes para aproximarse a ciertos dilemas bioéticos es el de persona. En Chile, Patricio Zapata fue de los primeros autores que lo utilizó para defender una postura conservadora en las prácticas médicas y tecnológicas que involucrasen al embrión. Su tesis es que el embrión humano detentaría la calidad de persona conforme a nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, sería titular de derechos fundamentales tales como el derecho a la vida, a la integridad física y síquica y a ser tratado como persona⁸⁹. Entre otros

⁸⁷ VIAL y LYON (1985), p. 231.

⁸⁸ Para una historia de los orígenes de la bioética, véase LORA y GASCÓN (2008), pp. 21 y ss., y KOTOW (2005), pp. 61 y ss. En la literatura civil chilena, la quinta edición de *Curso de Derecho Civil* de Alessandri, Somarriba y Vodanovic, incorporó una sección dedicada a un tema propiamente bioético: el análisis de la fecundación *in vitro*, ALESSANDRI *et al.* (1990), pp. 353-359.

⁸⁹ ZAPATA (1988), p. 389.

argumentos, recurre a una lectura de las reglas del Código Civil. El cometido de Zapata, en verdad, era lograr una interpretación de las reglas del sistema jurídico chileno que fuese consistente con la concepción de la persona profesada por el Magisterio de la Iglesia Católica. De acuerdo a esta, la dignidad del ser humano radica en haber sido creado a imagen y semejanza de Dios, así como en estar llamado a gozar de su contemplación eterna⁹⁰. Enseguida, señala Zapata, “[e]s por lo espiritual que hay en él que el hombre es persona, que todo hombre es persona”⁹¹. Por lo tanto, “[e]n la medida que se reconozca en el producto de la concepción a un individuo de la especie humana, no cabe sino admitir en el embrión humano una persona”⁹².

Siendo el derecho lo que a cada uno se debe según la justicia, indica el autor, requeriría tanto de un sujeto a quien se le deba algo como de uno quien deba ese algo. Estas son las personas, las cuales debiesen tener la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. Esta capacidad, o su potencia, opina Zapata, se manifestaría exclusivamente en el hombre (personas naturales) y en las asociaciones humanas (personas jurídicas). Así, el concepto jurídico de persona se hallaría engarzado en el concepto filosófico, puesto que todo el derecho se fundamenta en la naturaleza humana. Luego, solo los hombres pueden ser personas naturales⁹³.

Lo anterior es secundario, puesto que lo que le interesa al autor no es excluir de la atribución de personalidad a seres no humanos, sino que incluir a un ser humano particular, el embrión. El desafío, entonces, es reinterpretar el artículo 74 del Código que establece expresamente que la existencia legal de la persona principia con el nacimiento, lo cual tendría como consecuencia una protección imperfecta de la vida e integridad del *nasciturus*. Asumiendo la distinción que presenté al inicio, podríamos decir que para Zapata las *consecuencias normativas* son irreductibles a una cuestión meramente patrimonial. Declarar que un ser es persona, es defender que tiene un estatus moral y que, por consiguiente, debe ser protegido. Por ello, estas consecuencias no exigen que el ser haya nacido; esto es, que el nacimiento sea un *criterio* para el aplicar el concepto de persona.

Patricio Zapata, señala que el artículo 74 debiese ser interpretado a partir de lo preceptuado en la Constitución Política, y no a la inversa:

“[s]iendo la Constitución la norma fundamental de nuestro sistema jurídico, no resulta correcto examinar el concepto de persona en la Carta

⁹⁰ ZAPATA (1988), p. 376.

⁹¹ ZAPATA (1988), p. 376.

⁹² ZAPATA (1988), p. 376.

⁹³ ZAPATA (1988), pp. 377-378.

Básica, limitándose a extrapolarlo de lo que prescribe al respecto el Código Civil.”⁹⁴

El texto constitucional de 1980 señalaba que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos⁹⁵ y el Estado en su actividad debía propender tanto a su realización material como espiritual. Esto lleva a concluir a Zapata que la protección que la Constitución brinda no reconoce excepción en el embrión, el cual debe ser entendido como sujeto de derechos o persona. Por ello, el feto sería titular de los derechos a la vida y a la integridad síquica y física consagrados en el artículo 19 de la Constitución⁹⁶. Esta tesis es un vivo ejemplo del impacto de la constitucionalización del derecho privado. La lectura consistente, entonces, sería afirmar que al artículo 74 “está regulando pura y simplemente el inicio legal de los derechos civiles que regla [el] Código y no afecta los *derechos naturales* de la persona-embrión”⁹⁷ (cursivas nuestras). Las razones de esta regla tendrían netamente una vocación práctica. De hecho, la protección de los derechos del embrión se confirma en los artículos 75 y 77.

Permítanme continuar con la reconstrucción del argumento de Zapata: las consecuencias normativas que se siguen del concepto de persona son de dos tipos, patrimoniales y morales. Por ello sería posible hablar de –al menos– dos conceptos de persona. Del concepto *patrimonial* se sigue la consecuencia de ser titular de derechos civiles; del concepto *moral*, la de ser titular de derechos naturales. El fundamento del primero, sería –no es claro en Zapata– la capacidad para actuar en intercambios económicos; del segundo, su espiritualidad. Los requisitos para ser considerado persona en términos patrimoniales, serían los expresados por las reglas del Código Civil, entre ellas, el nacimiento; los requisitos para la personalidad moral, en cambio, no coinciden necesariamente con lo anterior. Particularmente, en opinión de Zapata, el nacimiento no es exigido, puesto que la espiritualidad se manifiesta desde el momento de la concepción.

Hernán Corral en un temprano artículo, se manifiestó en contra de la idea de fracturar la personalidad:

⁹⁴ ZAPATA (1988), p. 383.

⁹⁵ Zapata trabaja con la versión de la Constitución vigente en 1988. La Ley N° 19.611 de 1999 modificó las referencias a “hombre” por “persona”.

⁹⁶ Para una crítica a esta interpretación, véase BASCUÑÁN (2004), pp. 48 y ss.

⁹⁷ ZAPATA (1988), p. 386. Recientemente, Patricio Zapata ha confirmado su posición en su intervención en la sesión de la *Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento* del Senado de la República, desarrollada el 14 de noviembre de 2016 con ocasión de la discusión sobre el proyecto de despenalización del aborto en tres causales (Boletín N° 9.895-11).

“la idea de que existe una personalidad sólo para efectos civiles, que, por excepción, no comienza desde la concepción sino con el nacimiento, rompe el concepto unitario de la personalidad.”⁹⁸

Lege ferenda, abogó por la revisión de las reglas civiles que –expresa o tácitamente– negaban la personalidad al *nasciturus* (entre ellas el artículo 74)⁹⁹.

Desde una perspectiva más general, la empresa de Corral puede ser entendida como un intento de reconstrucción *lege lata* de un concepto unitario de persona, que preste atención tanto a su dignidad moral como a su valor en tanto participante del mercado. Corral se inserta en la tradición del realismo español, conforme a la cual el derecho no puede sino reconocer una realidad ontológica que le precede y a la cual sirve, la persona¹⁰⁰. Las reglas del sistema jurídico serían, de esta manera, constreñidas por la naturaleza del ser humano:

“[e]l cultor del Derecho [...] no puede pretender crear una noción propia y exclusiva de la personalidad; debe, más bien, reconocer la existencia previa de una realidad natural.”¹⁰¹

Según Corral, esta realidad natural es la de un “ser inteligente y libre que ostenta un dominio sobre sí mismo y sobre sus actos, [y por ello] es considerado protagonista esencial de la vida jurídica y centro en torno al cual se construye y estructura el ordenamiento”¹⁰². Solo el hombre es persona, y todos los hombres lo son por poseer libertad y racionalidad. Esta comprensión nuevamente colisiona con el tenor literal del artículo 74, que indica que no todos los seres humanos son personas, ya que una condición necesaria para ello, es haber nacido. Tal como lo sostuvo Zapata, Corral también afirma que la cesura del nacimiento se justifica meramente por una cuestión práctica, a saber, “fijar con certeza el punto en el que se consolidan definitivamente las relaciones patrimoniales surgidas a favor del que está por nacer durante su gestación”¹⁰³. Es decir, al embrión no le sería negada su subjetividad jurídica, sino solo postergada su capacidad patrimonial. En tanto sujeto de derechos, el *nasciturus* sería portador de los más fundamentales derechos, a la vida y a la salud. Sería absurdo pensar, indica Corral, que el legislador pretendió otorgar un estatuto protector de inferior

⁹⁸ CORRAL (1989-90), nota 47.

⁹⁹ CORRAL (1989-90), nota 46.

¹⁰⁰ Véase HERVADA (1981), pp. 117 y ss., para quien el ser humano es *por naturaleza* sujeto de derechos en sentido jurídico.

¹⁰¹ CORRAL (2007a), p. 33.

¹⁰² CORRAL (2007a), p. 35.

¹⁰³ CORRAL (2007a), p. 78.

intensidad a la criatura que está por nacer, si las reglas siguientes, los artículos 75 y 77, subrayan su cuidado¹⁰⁴.

En conclusión, para Hernán Corral, la alusión del artículo 74 a la existencia legal no debe ser interpretada como estableciendo el inicio de la personalidad, sino que solo la aptitud para adquirir derechos de carácter económico. La persona comenzaría, como lo señala el artículo 55, desde que existe un individuo de la especie humana, esto es, desde la concepción¹⁰⁵. La edad, sostiene Corral, es completamente irrelevante¹⁰⁶. Esta interpretación ubica en un plano igualitario los intereses del feto junto a otros intereses, lo cual resulta relevante en casos de colisión de intereses –como ocurre por ejemplo, en las técnicas de control de la reproducción, en el aborto, en la experimentación y criopreservación de embriones¹⁰⁷. Retóricamente, Corral concluye que:

“[s]i los que están por nacer no tienen derecho a la vida, tampoco ninguno de nosotros puede reclamar que se le reconozca ese derecho. Si el embrión no es persona [...] en realidad ningún ser humano lo es.”¹⁰⁸

Como lo ha señalado recientemente, lo anterior obedece a una modificación de su postura inicial¹⁰⁹. En 1990 defendía la revisión legal del artículo 74 para incluir al *nasciturus*. Ahora, en cambio, sostiene que esto no es necesario, puesto que a través de una interpretación “finalista y contextualizada”¹¹⁰ es posible afirmar su personalidad. Esta interpretación descansaría, opina Corral, en un conjunto de disposiciones del ordenamiento jurídico chileno que revelan la consideración del embrión humano como digno de protección¹¹¹. En los términos de Corral, hablar de protección, es hablar de personalidad¹¹².

La tesis de Corral es muy cercana a la de Patricio Zapata, sin embargo, allí donde este último abría la posibilidad para referirse a dos conceptos de persona, Corral la cierra. Para este es necesario reivindicar un concepto unitario que exprese una dimensión patrimonial y otra moral. Para cada una de ellas –en mi

¹⁰⁴ CORRAL (2010), p. 317.

¹⁰⁵ CORRAL (2010), p. 325.

¹⁰⁶ CORRAL (2016), p. 45. En un sentido similar, pero aplicado a los humanos nacidos, PESIO (1978), p. 16.

¹⁰⁷ CORRAL (2007b), pp. 92 y ss.

¹⁰⁸ CORRAL (2007b), p. 95.

¹⁰⁹ CORRAL (2016), nota 31.

¹¹⁰ CORRAL (2016), p. 49.

¹¹¹ CORRAL (2016), pp. 45-48.

¹¹² “Esta afirmación no tiene en cuenta, sin embargo, que el mismo Código Civil y la legislación nacional contienen numerosas disposiciones que claramente demuestran que la ley reconoce y protege la personalidad del que está por nacer”, CORRAL (2016), p. 45.

lectura de la obra de Corral–, sería posible identificar requisitos diferenciados. En la siguiente sección de este artículo, ofreceré una variación de este argumento, refinando el uso del concepto de persona.

Parcialmente en contra de Zapata y Corral, se mostró Gonzalo Figueroa. El objetivo de los trabajos era compartido por los tres autores, analizar a la persona en su cara moral y patrimonial. No obstante, a diferencia de los primeros, Figueroa asumió una posición gradualista en ambas esferas:

“desde ese instante [el del inicio de la vida humana] empieza para ese individuo una protección jurídica que lo acompañará durante toda su vida, con *diversos grados de intensidad creciente*.”¹¹³

El autor divide el mundo en personas y cosas. Estima que la implantación es el momento a partir del cual puede hablarse con propiedad del inicio de la vida humana individual y, por tanto, de un ser que es sujeto de derechos. El embrión preimplantacional sería una cosa, lo que no excluye la posibilidad que se le brinde algún nivel de protección legal, esto debido a la potencialidad que tiene de convertirse en un ser humano¹¹⁴.

Figueroa afirma que el embrión implantado es sujeto de derechos, no persona. Sin embargo, posteriormente sostendrá que no siendo cosa, entonces, integra la categoría de personas¹¹⁵. Como lo ha sugerido Rodrigo Soto¹¹⁶, esta contradicción puede salvarse si entendemos que lo que hace Figueroa es una recomendación de *lege ferenda* –tal como el primer acercamiento de Corral. Figueroa habría sugerido modificar la redacción del artículo 74, puesto que este excluye la personalidad para el embrión que ya se encuentra implantado. Normativamente es persona, pero nuestro ordenamiento jurídico no lo habría reconocido como tal. Con todo, de igual manera sería titular del derecho a la vida, pero no plenamente. La Constitución Política asegura este derecho a las personas y, conforme al artículo 74, para ser considerado tal, se requeriría haber

¹¹³ FIGUEROA (2001), p. 122.

¹¹⁴ FIGUEROA (2001), pp. 130-131; 134 y ss. En un trabajo previo, Figueroa sostenía que el embrión preimplantacional poseía un estatuto *sui generis*: “Nosotros creemos que el embrión –aunque se encuentre todavía en una placa de laboratorio- lleva consigo un valor intrínseco que impide considerarlo simplemente como una cosa y someterlo al régimen jurídico de los bienes. Si no es persona aún, es un proyecto, un esbozo de vida humana. Hay más: ha sido querido para realizar un proyecto procreativo de un individuo de la especie humana, y merece el trato que corresponde a la dignidad del hombre. Ese minúsculo conjunto de células es lo que todos los humanos fuimos una vez y sin el cual no habríamos llegado jamás a ser”, FIGUEROA (1995), p. 56.

¹¹⁵ FIGUEROA (2001), p. 150.

¹¹⁶ FIGUEROA (2001), p. 526.

nacido¹¹⁷. De este modo, sugiere Figueroa, la protección del que está por nacer tendría una fuente meramente legal.

Las consecuencias de esta diferenciación no son claras en la obra de Figueroa. Ciertamente, suscribe tesis más liberales en materia de aborto, pero pareciera que lo hace por razones distintas a la negación de personalidad del embrión¹¹⁸.

Resumiendo, tanto Patricio Zapata como Hernán Corral pretendieron reposicionar el estatus moral del ser humano desde su concepción. Para ello apelaron a una relectura de las reglas del Código Civil que se tradujo principalmente en una demarcación de la dimensión patrimonial del concepto de persona. Figueroa comparte el objetivo, pero pasa por alto tal diferenciación. En su conjunto, la obra de estos autores revela el interés práctico de una precisa conceptualización de la persona. De igual manera, en mi opinión, demuestra algunas de las consecuencias del proceso de constitucionalización del derecho privado¹¹⁹.

4. Conclusiones: criterio(s), fundamento(s) y consecuencia(s) normativa(s)

Sugerí que un punto de vista sobre la pertinencia del empleo de la palabra persona, tal como el derecho la define, supone despejar el sentido de la misma. Para esto –indiqué– es apropiado explicitar los elementos que le dan forma: *criterios, fundamentos y consecuencias normativas*¹²⁰. Al mismo tiempo, es necesario definir las relaciones entre ellos.

El repaso por la historia de las principales interpretaciones de las reglas que institucionalizan la personalidad, nos ha permitido advertir el tránsito desde una comprensión marcadamente patrimonial –con *consecuencias normativas patrimoniales*– a una en la que se subraya su aspecto moral –con *consecuencias normativas morales*. La primera comprensión, desde Bello, se definió en base a la titularidad de derechos patrimoniales y a la sujeción a obligaciones civiles –*consecuencias normativas*. Estos elementos perfilaron la idea de un agente de mercado que en un plano de igualdad participaba de intercambios económicos¹²¹. Cualquier individuo de la especie humana –*criterio*–, por la racionalidad

¹¹⁷ FIGUEROA (2001), pp. 143-144.

¹¹⁸ FIGUEROA (2001), p. 219 y ss. Para una crítica, véase SOTO (2001), pp. 528-531.

¹¹⁹ En su participación en la sesión de la *Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento* del Senado de la República del 14 de diciembre de 2016 –con ocasión de la discusión sobre el proyecto de despenalización del aborto en tres causales (Boletín N° 9.895-11)–, Corral señaló que la consideración del *nasciturus* como persona debiese ser una consecuencia del proceso de constitucionalización del derecho privado.

¹²⁰ La misma idea, pero desde una perspectiva ligeramente más amplia, en MORALES (2016), pp. 110-113.

¹²¹ PEÑA (1996), pp. 553 y ss.

que lo caracteriza –*fundamento*–, es persona en este sentido. Además, razones de certeza jurídica operan como la base del artículo 74, que fija el nacimiento como el inicio de la personalidad legal. De ahí que el artículo 55 deba ser leído en relación al artículo 74: los individuos de la especie humana, a los que se refiere, son aquellos que se han separado completamente de la madre. Lo anterior explica la exclusión de los animales de esta dimensión patrimonial, y la justificación de las reglas contenidas en los artículos 75 y 77, en tanto pretendían proteger la potencialidad del feto de llegar a ser un agente de mercado. Estos serían los *criterios, fundamentos y las consecuencias normativas* de esta dimensión del concepto de persona.

La segunda comprensión comienza a manifestarse levemente en la década del sesenta, y marcadamente desde fines de los ochenta. La principal pregunta que se ha intentado zanjar es: ¿cuál es el estatus moral del feto en el derecho civil chileno? Esto ha planteado un problema, puesto que explícitamente el artículo 74 exige el nacimiento para atribuir personalidad *legal*. Luego, los autores han perfilado una interpretación que niega el estatus moral, o bien, a pesar del artículo 74, lo afirma.

En mi opinión, parte de la disputa se explica por no haber reparado en la distinción entre *criterios, fundamentos y consecuencias normativas*. Es cierto que podemos predecir que, aun asumiendo esta distinción, persistirán los desacuerdos sustantivos; sin embargo, el perfilamiento de estos será más claro.

A grandes rasgos, comparto el trabajo analítico realizado por los profesores Zapata y Corral –lo cual no quiere decir que comparta las tesis sustantivas que defienden. Me parece destacable la limitación –que ambos autores suscriben– de la extensión del artículo 74. Como se recordará, estos sugieren que solo se refiere a los derechos patrimoniales, radicando su justificación en la certeza jurídica. Si se adopta la diferenciación que hemos propuesto, esta tesis puede reconstruirse de un modo más riguroso.

El concepto de persona patrimonial o su dimensión patrimonial tendría la siguiente estructura:

1P. La *consecuencia normativa* consiste en la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica;

2P. El *fundamento* descansa en la agencia racional;

3P. Los *criterios* son la capacidad actualizada o potencial para actuar racionalmente. Enseguida, dado que el ser humano es esencialmente racional, la mera pertenencia a la especie humana satisface el criterio.

Cada uno de estos elementos puede ser cuestionado. Podría sostenerse que **1P** no se corresponde con las prácticas lingüísticas de nuestra cultura jurídica, o que el fundamento para **1P** y **3P** no es la agencia racional como lo indica **2P**, sino que la libertad de los individuos. Cual sea la diferencia entre agencia racional y libertad es un problema abierto, tal como lo es el específico entendimiento de la

agencia racional. Lo anterior, repercutirá en **3P**, puesto que podría afirmarse que habría seres libres que no son capaces de actuar –ni siquiera potencialmente– de modo racional. Finalmente, también podría cuestionarse que el ser humano sea ‘esencialmente’ racional, o bien, si basta para satisfacer el criterio de agencia racional. Asimismo, podría discutirse si tales criterios deben ser concebidos como condiciones necesarias o suficientes. Por último, la interpretación del artículo 74 se desenreda, si nos preguntamos directamente cuál es la relación entre el nacimiento y la consecuencia normativa expuesta en **1P**.

Examinemos ahora el concepto de persona moral o su dimensión moral. Su estructura sería la siguiente:

1M. La *consecuencia normativa* consiste en la afirmación de estatus moral y en la demanda de su debida protección;

2M. El *fundamento* descansa en la agencia racional;

3M. Los *criterios* son la capacidad actualizada o potencial para actuar racionalmente.

Enseguida, dado que el ser humano es esencialmente racional, la mera pertenencia a la especie humana satisface el criterio.

Los cuestionamientos en este caso se agudizan: ¿qué significa que un ser tenga estatus moral? Típicamente se piensa que el único instrumento de protección del estatus moral es mediante la atribución de derechos, sin embargo, esto es discutible. Podrían existir obligaciones para con ciertos seres, sin que de ello se siga la atribución de un derecho¹²². **2M** es todavía más complejo. Por ejemplo, de entenderse como una condición necesaria la agencia racional, es plausible criticar **2M** por reduccionista. Habría otros criterios para asignar estatus moral, tales como la sensitividad, el ser *homo sapiens*, etc. Al mismo tiempo, **3M** es polémica: ¿qué ocurre con los individuos que no satisfacen transitoriamente el criterio o bien que en ningún caso lo satisfarán? ¿Desde qué momento puede afirmarse que un ser tiene tal capacidad?

El artículo 74, bajo este concepto de persona, adquiere una nueva perspectiva. Parece más difícil de justificar la relevancia del nacimiento como cesura. Si la racionalidad es lo relevante, ¿en qué contribuye el nacimiento a la constatación de aquella?

Píñense, por otro lado, en el artículo 55. Este se refiere a un ‘individuo’ de la especie humana: ¿es relevante la individuación tratándose del concepto moral de persona? ¿Tiene sentido vincular la individuación con el nacimiento o, en cambio, debiésemos considerar un estadio previo?

Los *criterios*, *fundamentos* y las *consecuencias normativas* demarcan las interpretaciones que realizamos de las disposiciones que hemos analizado. Ahora bien, creo que es importante realizar una precisión adicional. Hasta acá no he

¹²² Para un análisis de la noción de estatus moral, véase MORALES (2015).

reparado en el empleo de las etiquetas ‘conceptos de persona’ o ‘dimensiones del concepto de persona’. El análisis del trabajo ha estado marcado por lo que podemos denominar un *uso normativo* de la palabra persona. Me he enfocado en las distintas *consecuencias normativas* que se siguen de la afirmación de que algo-alguien cuenta como persona: patrimoniales o morales¹²³. Sin embargo, también podemos identificar en nuestras prácticas lingüísticas un *uso descriptivo*. Entiendo como tal, la referencia a la mera satisfacción de un conjunto de criterios de distinta naturaleza. Por ejemplo, podemos hablar de una persona, en el sentido que pertenece a una cierta especie biológica –‘uso descriptivo biológico o genético’; o bien, en el sentido de que satisface un conjunto complejo de propiedades cognitivas: racionalidad, protección temporal, etc. –‘uso descriptivo metafísico’.

Pienso que el actual desencuentro dogmático, puede explicarse –fragmentariamente– como una presión por incluir todo aquello que sea digno de protección moral bajo la palabra persona. En vez de ceder a esta presión, el cambio analíticamente más riguroso es separar los planos en tanto corresponden a distintos usos. Consideremos el *fundamento* para que un ser cuente como ‘persona normativa-jurídica’. Es plausible sostener que aquel descansa en la capacidad para actuar racionalmente, es decir, para ser ‘persona descriptiva-metafísica’¹²⁴. Luego, la protección del feto podría considerarse como la protección de la potencialidad para ser ‘persona descriptiva-metafísica’, en tanto *fundamento* de la ‘persona normativa-jurídica’.

Ahora consideremos el *fundamento* para que un ser cuente como una ‘persona normativa-moral’. Paradigmáticamente los seres que cuentan como ‘persona descriptiva-metafísica’ son dignos de protección moral. Sin embargo, tal fundamento no es excluyente. La sensitividad –basada, por ejemplo, en el criterio de ser consciente del dolor que se padece– también lo es. Así, estatus moral del feto –al menos, desde cierta etapa del desarrollo gestacional– no tiene por qué apoyarse en la idea de persona: aun cuando no lo sea, en tanto ser sintiente, es digno de protección. Desde luego, esto no dejará satisfecho a quien aboga por un intenso resguardo del *nasciturus*. Sin embargo, no parece correcto comenzar el examen del problema con una posición respecto al nivel de protección requerido, sin antes formular la pregunta por los fundamentos del mismo¹²⁵.

¹²³ Véase MORALES (2015), pp. 130 y ss.

¹²⁴ Una cuestión distinta es qué *criterios* deben satisfacerse para afirmar que un ser es ‘persona descriptiva-metafísica’.

¹²⁵ Esta parece ser la aproximación tanto de Zapata como Corral. Ambos, de antemano, creen que el *nasciturus* merece una protección equivalente a la de los humanos nacidos. Luego, intentan encajar

Con todo, el impacto de la Constitución en el derecho civil parece operar como una razón para ceder a la presión, ya que el artículo 19 –en su lectura tradicional– *solo* atribuye derechos fundamentales a las personas. No tengo espacio para ofrecer una respuesta a esta problemática, no obstante, –creo– que actúa como un respaldo adicional para realizar las distinciones que he sugerido.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALDUNATE, Eduardo (2003): “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”, en: Juan Carlos Ferrada, *La constitucionalización del Derecho chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 13-38.
- ALESSANDRI, Arturo (1930): *Derecho Civil. Primer Año* (versiones taquigrafiadas tomadas en la clase de Derecho Civil) (Santiago, Lex), t. I.
- ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio (1962): *Curso de Derecho Civil*, tercera edición (Santiago, Nascimento), t. I, volumen II.
- ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio (1990): *Derecho Civil: Parte Preliminar y General*, quinta edición (Santiago, Conosur), t. I.
- ALFONSO, Paulino (1882): *Explicaciones de Código Civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile* (tomadas de las clases de J.C. Fabres y Cood) (Santiago, Imprenta Cervantes).
- AMUNÁTEGUI, Miguel Luis (1885): “Don Andrés Bello y el Código Civil” (Santiago, Imprenta Cervantes).
- BARROS, Alfredo (1930): “*Curso de Derecho Civil*”: Primer Año, cuarta edición (Santiago, Nascimento).
- BARROS, Enrique (2006): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BASCUÑÁN, Antonio (2002): “El estatuto del embrión preimplantacional: observaciones desde el punto de vista jurídico”, en: Juan Pablo Beca, *El Embrión Humano* (Santiago, Mediterráneo), pp. 161-193.
- BASCUÑÁN, Antonio (2004): “La píldora del día después ante la jurisprudencia”, en: *Estudios Públicos* (Nº 95), pp. 43-89.
- BELLO, Andrés (1981): *Código Civil de la República de Chile* (Introducción y nota de Pedro Lira Urqueta), segunda edición (Caracas, Fundación La Casa de Bello).

al *nascituras* en la categoría jurídica-moral que atribuye ese máximo nivel de protección, a saber, la persona.

- BORJA, Luis (1901a): *Estudios sobre el Código Civil Chileno* (Paris, A. Roger y F. Chernoviz), t. I.
- BORJA, Luis (1901b): *Estudios sobre el Código Civil Chileno* (Paris, A. Roger y F. Chernoviz), t. II.
- BUCKLAND, W.W. (1908): *The Roman Law of Slavery* (Cambridge, Cambridge University Press).
- C.D.P. & SÁNCHEZ, Alejandro [A.S.C.] (1897): "Explicaciones de Código Civil" (Libro Primero): Tomadas en las clases de los profesores del ramo en la Universidad de Chile, Sres. Cood, Fabres (J.C.), Urrutia, Claro S. y Fabres (J.F.) (Valparaíso, Librería del Porvenir).
- CHACÓN, Jacinto (1881): *Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil chileno*, segunda edición (Valparaíso, Imprenta del Mercurio).
- CLARO, Luis (1978): *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado: De las personas*, segunda edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.
- CORRAL, Hernán (1989-1990): "Comienzo de la existencia y personalidad del que está por nacer", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Nº 13), pp. 33-50.
- CORRAL, Hernán (2007a)/(1990): "El concepto jurídico de persona", en su *Derecho Civil y Persona Humana* (2007) (Santiago: LexisNexis), pp. 5-36.
- CORRAL, Hernán (2007b)/(1997): "El embrión humano: del estatuto antropológico al estatuto jurídico", en su *Derecho Civil y Persona Humana* (2007) (Santiago: LexisNexis), pp. 63-103.
- CORRAL, Hernán (2007c)/(2005): "El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida", en su *Derecho Civil y Persona Humana* (2007) (Santiago: LexisNexis), pp. 233-244.
- CORRAL, Hernán (2010): "La existencia legal de la persona principia al nacer: una nueva lectura para una vieja norma", en: *Revista de Ciencias Sociales* (Nº 56), pp. 311-326.
- CORRAL, Hernán (2016): "El proyecto de ley de aborto y los derechos humanos del concebido no nacido", en: *Anuario de Derecho Público* 2016, pp. 23-62.
- D'ORS, Álvaro (1991): *Derecho Privado Romano*, octava edición (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra).
- DE CASTRO Y BRAVO, Francisco (1952): "Derecho Civil de España" (Madrid, Instituto de Estudios Políticos), t. II.
- DOMÍNGUEZ, Ramón (1996): "Aspectos de la constitucionalización del Derecho Civil chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (volumen 93, Nº 3), pp. 107-137.
- DOUGNAC, Antonio (1994): "Manual de Historia del Derecho Indiano" (Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México).

- EDMUNSON, William (2004): "An Introduction to Rights" (Cambridge, Cambridge University Press).
- FABRES, José Clemente (1863): "Instituciones de Derecho Civil chileno" (Valparaíso, Imprenta del Universo de G. Helfmann).
- FABRES, José Clemente (1893): *Instituciones de Derecho Civil chileno*, segunda edición (Santiago, Imprenta y Librería Ercilla).
- FIGUEROA, Gonzalo (1995): *Persona, Pareja y Familia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FIGUEROA, Gonzalo (2001): *Derecho Civil de la Persona* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FUEYO, Fernando (1966): "Derecho de la Persona: evolución, institucionalización y polarización", en: *Anales de la Facultad de Derecho*: Cuarta Época (Nº 5), pp. 13-25.
- FUEYO, Fernando (1990): *Instituciones de Derecho Civil Moderno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GUZMÁN, Alejandro (1982): *Andrés Bello Codificador* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile), t. I.
- GUZMÁN, Alejandro (1986): "Los dos primeros libros chilenos de Derecho Civil patrio", en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Nº 11), pp. 143-163.
- GUZMÁN, Alejandro (1996): *Derecho Privado Romano* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.
- GUZMÁN, Alejandro (2000): *La Codificación Civil en Iberoamérica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- HENRÍQUEZ, Ian (2011): *La Regla de la Ventaja del Concebido en el Derecho Civil Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- HERVADA, Javier (1981): *Introducción al Derecho Natural* (Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra).
- JAJSIC, Iván (2001): Andrés Bello: "La pasión por el orden" (Santiago, Universitaria).
- KELSEN, Hans (1979): "Teoría Pura del Derecho". (Traducc. Roberto Vernengo, Ciudad de México, UNAM).
- KOTTOW, Miguel (2005): "Introducción a la Bioética", segunda edición (Santiago, Mediterráneo).
- LASTARRIA, Victorino (1863): "Instituta del Derecho Civil chileno" (Lima, Del Comercio).
- LETE DEL RÍO, José (1986): "Derecho de la Persona" (Madrid, Tecnos).
- LIRA, Pedro (1944): "El Código Civil y el Nuevo Derecho" (Santiago, Nascimento).
- LORA, Pablo de & GASCÓN, Marina (2008): "Bioética: principios, desafíos, debates" (Madrid, Alianza).

- LYON, Alberto (2007): "Personas Naturales", tercera edición (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- MACCORMICK, Neil (2011): "Instituciones del Derecho". (Traducc. Fernando Atria y Samuel Tschorne, Barcelona, Marcial Pons).
- MORALES, Héctor (2015): "Estatus moral y el concepto de persona", en: Fabiola Vergara, *Problemas Actuales de la Filosofía Jurídica* (Santiago, Librotecnia), pp. 123-160.
- MORALES, Héctor (2016): "Sobre la obstinada apelación al concepto de persona en la discusión sobre el aborto", en: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (Nº 31), pp. 91-117.
- PEÑA, Carlos (1996): "El Derecho Civil en su relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en: *Cuadernos de Análisis Jurídico* (Números Especiales) (Nº 6), pp. 545-659.
- PESIO, Victorio (1978): *Manual de Derecho Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) t. III.
- PINTO, Humberto (1972): *Curso Básico de Derecho Civil* (Santiago, Andrés Bello), t. II, volumen I.
- PUIG BRUTAU, José & PUIG FERRIOL, Luis (1979): *Fundamentos de Derecho Civil* (Barcelona, Bosch), t. I, volumen I.
- SOTO, Rodrigo (2001): "Comentario a 'Derecho Civil de la Persona: del genoma al nacimiento' de Gonzalo Figueroa Yáñez", en: *Ius et Praxis* (año 7, Nº 2), pp. 521-531.
- SQUELLA, Agustín (1983): "Andrés Bello: ideas sobre el orden y la libertad", en *Estudios Públicos* (Nº 11), pp. 227-243.
- STITCHKIN, David (1961): "Los bienes extrapatrimoniales", en: *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (Nº 115), pp. 3-29.
- STITCHKIN, David (1969): Síntesis de Derecho Civil (redactados por Raúl Álvarez Cruz) (Santiago, Central de Apuntes de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile), t. II.
- TAPIA, Mauricio (2005): *Código Civil 1855-2005* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VALDIVIESO, Leonardo (2005): Historia de la cátedra de Derecho Civil en la Universidad de Chile: textos, cátedras y catedráticos, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Facultad de Derecho, Universidad de Chile).
- VERA, Robustiano (1883): "Código Penal de la República" (Santiago, Imprenta P. Caolt i Cía).
- VERA, Robustiano (1892): Código Civil de la República de Chile: comentado i esplicado (Santiago, Imprenta Gutemberg).

VIAL, Víctor & LYON, Alberto (1985): "Teoría General de los Actos Jurídicos y de las Personas" (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

ZAPATA, Patricio (1988): "Persona humana y embrión humano. Nuevos problemas legales y su solución en el Derecho chileno", en: *Revista Chilena de Derecho* (Nº 15), pp. 375-391.