

LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO AL SERVICIO DE LA PERSONA EN GESTACIÓN

JORGE ENRIQUE PRECHT PIZARRO
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho - Universidad Católica de Chile

El principio de *servicialidad del Estado* arranca de la raíz misma de las Bases de la Institucionalidad establecidas en la Constitución Política de la República. Así se lee en el artículo 1º inciso cuarto de la Carta Fundamental que: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”.

Ahora bien, un conocido profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile, anfitriona de estas XXVI Jornadas de Derecho Público, en un libro reciente afirma, sin ambages, que: “Antes del nacimiento no se es ni persona ni sujeto de derechos, y, en consecuencia, los derechos diferidos permanecen en una especie de limbo, sin titular”. “Éste es un caso excepcional dentro de nuestro Derecho Civil (pero no es el único), de un patrimonio sin titular”. “Aunque ello suceda sólo por un tiempo breve, y en espera del nacimiento” (Gonzalo Figueroa Yáñez: *Persona, Pareja y Familia*, Editorial Jurídica de Chile, 1995, pp. 20 a 22).

Se basa para llegar a esta conclusión en un fundamento civilista y en un fundamento de derecho público.

El fundamento del derecho privado que invoca el profesor Figueroa es el artículo 74 del Código Civil: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”.

De ello deduce el profesor mencionado que el nasciturus no es persona. Esto es un evidente salto lógico. Pues una cosa es *la existencia legal* y otra cosa es la *calidad de persona*. Una cosa es la existencia “legal” para efectos de derechos patrimoniales y otro es la existencia misma y su calidad de persona para otros efectos jurídicos. Citó el artículo 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”.

Este ser existente, cuya existencia el Código Civil protege, es persona ante el derecho privado y ante el derecho natural. Es persona ante

nuestro derecho privado por cuanto el artículo 55 del Código Civil define como persona “a todos los individuos de la especie humana cualquiera que sea su *edad*, sexo, estirpe o *condición*”. Es persona ante el derecho natural por cuanto la persona, “la sustancia individual de naturaleza racional” *antecede y subsume* en su concepto ontológico al concepto jurídico patrimonialista o extrapatrimonialista de persona –producto de una visión estamental o de status del hombre, noción enteramente superada hoy en día– como lo dice magistralmente Javier Hervada: “Si se comprende en su sentido genuino lo que representa la caída de la sociedad desigual o estamental y la instauración de la sociedad igual, esto es, si se entiende el significado de los fenómenos político-sociales de los tiempos modernos, con toda la carga de comprensión del ser del hombre y su dignidad que es en último término lo decisivo en el tema que estamos tratando– que los explican, *no puede menos que considerarse definitivamente superado el antiguo concepto jurídico de persona, o sea la tesis de la desvinculación o separación entre los conceptos jurídico y ontológico de persona*. Ambos han de considerarse sólo inadecuadamente distintos. O sea, distintos, pero vinculados, en el sentido de que el concepto jurídico de persona es un concepto inferior, que deriva por abstracción del concepto filosófico” (Javier Hervada, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, EUNA, Pamplona, 1992, 467). Así como hoy no hay esclavos, y varones y mujeres son iguales, son básicamente iguales ante el derecho los nacidos y los nonatos. Curiosamente, algunos campeones de la igualdad entre los seres humanos son los más reticentes a la igualdad esencial entre nacidos y concebidos.

Fernando Fueyo al referirse al concepto de persona dice: “Parto del artículo 55 del Código Civil Chileno, que no ha sufrido modificación alguna desde 1855 hasta nuestros días. Dicha disposición contiene notables aciertos, como el de consagrar con énfasis el principio de igualdad entre los hombres, pregonado como esencial por el cristianismo, pero no practicado por los hombres en pleno siglo XIX, cuando imperaba abiertamente, la esclavitud. Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición, a todos los cuales el orden jurídico reconoce y garantiza *tanto variadísimos y esenciales derechos extrapatrimoniales inherentes al ser humano como tal, como derechos patrimoniales que pueden adquirirse y ejercerse mediante el arbitrio de la capacidad jurídica...*” (*Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, 1990, 23). Sostengo entonces que el no reconocer al concebido como persona es sólo una rémora de una sociedad de la desigualdad y el estamento. Debe entenderse como personas tanto a la persona en gestación como a la persona con existencia legal, esto es, a las ya nacidas. Pertinentemente lo hace Hernán Corral en su nota en la

Revista Chilena de Derecho, vol. 19, 605 (Pontificia Universidad Católica de Chile, septiembre-diciembre, 1992), pero no cabe afirmar hoy que el nonato no es persona, afirmación que es ajena tanto a la tradición del Derecho Común, como a las Siete Partidas (Partida 4ª, título 23, ley 3), esto es a la base histórica misma del título preliminar del Código Civil chileno.

Pero, dejemos a los civilistas que entierren a sus civilistas. Centrémonos en nuestro propio campo. Porque, imprudentemente el profesor Figueroa Yáñez hace una incursión en la tierra de moros del Derecho Constitucional y Administrativo. “Terra ignota”, como bien lo ha demostrado Eduardo Soto Kloss en su artículo: “El Derecho Público: ¿Por qué es tan desconocido?” (Clase dictada en el Seminario “Principios orientadores de las diversas ramas del Derecho”, noviembre de 1992, en la Universidad de Chile y publicada en la Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Chile N° 39, 1994, 405 a 413).

Dice Figueroa: “Es conveniente señalar el tratamiento curiosamente diferenciado que contiene nuestra Constitución Política respecto del derecho a la vida de la persona ya nacida, por una parte y del derecho a la vida del que está por nacer, por la otra. En efecto, el artículo 19 N° 1 asegura, en inciso 1º, sin condiciones ni limitaciones de ninguna especie, “el derecho a la vida”, “a todas las personas”. En cambio, el inciso 2º del mismo número indica que la vida del que está por nacer está protegida por “la ley”. Y concluye: “*La vida del que se halla aún en el claustro materno se encuentra protegida, así, por una disposición de rango legal de menor grado que la vida del que ya está nacido*” (*ibidem*, página 21).

Ésta es una clara petición de principios. El civilista hace una lectura superada del artículo 74 del Código Civil para concluir que el nonato no es persona y luego pretende que asimismo el Constituyente al hablar “del que está por nacer” no lo considera persona. De ello habría que concluir que, atendido el artículo 1º de la Constitución: “El Estado no estaría al servicio del que está por nacer”, sino en la medida en que la ley le exija ciertas prestaciones a los órganos estatales, como lo hacen el Código Penal, el Código Civil o el Código Sanitario. Probaré lo falso de estos asertos.

En primer lugar, el Estado está al servicio de la *persona humana*, sin distinciones, incluyendo la nacida y la en gestación. El concepto constitucional de persona humana es más amplio que el de la persona civil.

La expresión del artículo 19 N° 1: “La Constitución asegura a todas las personas” cubre a la persona en gestación y así como el legislador ordena al juez proteger al nonato, la Constitución ordena al legislador hacer lo propio. Ello deriva del texto constitucional mismo y de su preparación.

He efectuado un detenido examen de la historia del establecimiento de esta disposición tanto en la Comisión Ortúzar como en el Consejo de Estado, que he expuesto en mi trabajo: “Consideraciones Ético-Jurídicas sobre el Aborto Terapéutico”, publicado en la *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19 N° 3, 509-525 (1992).

La corriente de pensamiento laicista a la que adhiere el profesor Figueroa Yáñez no fue aceptada por el Consejo de Estado ni por la Junta de Gobierno que era el Constituyente a la época.

Es cierto que la Comisión Ortúzar termina por aceptar la introducción de un término equivocado que podría haber apoyado la tesis hoy apuntada por Figueroa Yáñez.

En efecto, otro distinguido sostenedor de las posturas laicas introduce frente al término “persona” del encabezado del artículo 19 N° 1, el término “ser” para referirse al nonato.

Así sucede, en la sesión 94. Don Jorge Ovalle propicia que se señale como inciso 2°: “la ley protegerá la vida *del ser* que está por nacer: “para dar condición de ‘ser’ al que vive intrauterinamente. Se trata de un ser existente”.

Así se aprueba en la sesión 94 de la Comisión Ortúzar.

Ahora bien, en el Consejo de Estado, otro muy distinguido representante del librepensamiento, intenta un ataque frontal a estas materias de Derecho de Familia. Ya en la sesión 56, celebrada el 28 de noviembre de 1978 dice don Juvenal Hernández: “Más adelante el anteproyecto también toma otro concepto incluido por don Andrés Bello en el Código Civil, cual es la protección de la vida del que está por nacer. Sabemos que el aborto es un delito ¿vamos a darle también rango constitucional?”. Vuelve a la carga don Juvenal en la sesión 58, celebrada al 12 de diciembre de 1978 (tomo I de las Actas del Consejo de Estado, pp. 354 y 355): “Don Juvenal Hernández hace presentes sus dudas en cuanto a las ventajas de trasladar a la Constitución una norma de derecho privado, como es la protección del que está por nacer. *Teme que esta innovación puede dar lugar a debates e interpretaciones desaconsejables*”.

Pero la posición de Hernández es derrotada por los once votos de los consejeros (señora Esquerra y señores Urrutia, Izurieta, Barros, García, Carmona, Ortúzar, Cáceres, Philippi, Medina, Coloma). Así se mantiene la constitucionalización de la protección legal del ser que está por nacer. Finalmente es el Poder Constituyente mismo el que mediante el D.L. 1.552, de 13 de septiembre de 1976, en el Acta Constitucional N° 3, elimina la palabra “ser” y bajo el acápite: Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas, agrega en el inciso segundo: “La ley protege la vida del que está por nacer”, tal como se encuentra en la Constitución de 1980 de hoy. (Véase al respecto Sergio

Carrasco D. *La garantía constitucional del derecho a la vida del que está por nacer*, en XVIII Jornadas de Derecho Público, Universidad de Concepción, 1987, 39 a 54).

Siendo el nonato una persona humana, una persona en gestación, es deber del Estado proteger su vida y sus derechos. Tanto la jurisprudencia judicial como la jurisprudencia administrativa han ido profundizando la potencialidad de estos principios.

La Corte de Santiago el 29 de septiembre de 1989 (*Revista Gaceta Jurídica* N° 111, p. 33) sentenció que la falta de pronunciamiento oportuno sobre el subsidio de maternidad causa daño en la salud de la madre, lo que deriva en un peligro para la vida del que está por nacer, por lo que es procedente acoger el recurso de protección interpuesto contra la autoridad causante de la omisión ilegal.

Se trataba de una profesora de Estado a la que le había sido devuelta sin tramitar una licencia médica, privándola por consiguiente del pago del subsidio de maternidad.

En este caso (Recurso de Protección “Aída Monje con Isapre Promepart”) se estableció que la alimentación de la madre fue precaria y no pudo guardar el reposo indicado, lesionando “principalmente *el derecho a la vida del nuevo ser ya concebido*, expuesto a grave peligro, por hallarse condicionado en su desarrollo en el claustro materno a las circunstancias externas que afectan el organismo de su madre”.

No se habla de “persona” en la sentencia sino del concebido: “del nuevo ser ya concebido”.

Eduardo Soto Kloss en su estudio *Derecho a la vida y recurso de protección*, publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 81, 2.5, 60, había sostenido la procedencia del recurso de protección en favor del nonato.

Entrando al campo del Derecho Administrativo, el dictamen N° 14.525 de 1992, de la Contraloría General de la República, conoce de una consulta del Servicio Nacional de Menores, ante la petición de la Corporación de derecho privado “Movimiento Anónimo por la Vida”, ante una solicitud para obtener financiamiento de la Corporación para proyectos de protección de los nonatos.

El dictamen si bien examina el concepto de “menor” en relación al de “persona” es sensible a lo expuesto por el organismo recurrente, es decir, a la “imperiosa necesidad de que exista un organismo público que se haga cargo *del niño cuya existencia prenatal se encuentra en riesgo...*” y su estimación “que podría inferirse que el concepto de menor que utiliza la

normativa referente a este servicio, resultaría extenso a aquel que está por nacer, siempre y cuando se muestre la situación de riesgo social”.

La Contraloría dictamina que el Servicio Nacional de Menores puede celebrar tales convenios para proteger a esos menores y para ello opera con un razonamiento enteramente basado en la especialidad del Derecho Administrativo. Dice: “Cabe anotar que, aún si se admitiera que el concepto de menor definido por el artículo 26 del Código Civil es estricto y no incluye al que está por nacer –aspecto que este Organismo Fiscalizador no estima del caso abordar aquí– no podría menos que considerarse que en el contexto de ese Código, dicha noción está esencialmente ligada, en el marco del derecho privado, al régimen jurídico de las relaciones patrimoniales y de familia, del todo ajeno a la regulación de una actividad administrativa asistencial como la que interesa”. Examina luego las disposiciones constitucionales y legales sobre protección del que está por nacer *y concluye que dicha protección es una necesidad pública* “y por tanto es tarea del Estado contribuir a su satisfacción a través de los órganos y procedimientos pertinentes”. Habida consideración que “no existe, dentro de la Administración del Estado, otro servicio público al cual se haya cometido por la ley, de manera especial y excluyente, la función de dispensar protección *al niño que está por nacer* y que se encuentra en peligro moral o material de donde resulta que en ningún caso podría sostenerse que al intervenir en dicho orden de materias, el organismo requirente priva de una esfera de atribuciones reservadas por ley a otro ente público”, la Contraloría aprueba las facultades implícitas del Sename para celebrar convenios en beneficio de los menores concebidos.

Más recientemente aún la Contraloría General de la República ha emitido el notable dictamen N° 25.403, de 21 de agosto de 1995.

La Ley N° 19.123 que creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación estableció pensiones de reparación (art. 17) y otros beneficios en favor de determinadas personas (art. 23).

Claramente el artículo 18 de la ley antedicha establece que serán causantes de la pensión “*las personas* declaradas víctimas de violaciones a los derechos humanos o de violencia política”.

Ahora bien, en el caso de mujeres embarazadas –madres de nonatos– por haber sido sus hijos en gestación declarados por la Corporación “causantes”, como víctimas de violencias que interrumpieron su vida, se plantea ante la Contraloría si dichos “seres” son o no “personas” y, en consecuencia, si pueden o no ser “causantes” de los beneficios previstos.

El organismo contralor procede con brillante razonamiento

jurídico y, desatándose de las ataduras liberalísticas de ciertos civilistas criollos y extranjeros, produce una admirable doctrina de derecho público.

Afortunadamente no se adhiere la Contraloría General, a la que parece ser la única e inagotable cantera jurídica “de lege ferenda” de los actuales asesores jurídicos en materia del nuevo Derecho de Familia propuesto por el Gobierno de la Concertación, esto es, a los últimos “logros hispánicos”. Enhorabuena que los abogados de la institución contralora sean aptos para pensar por sí mismos, sean aún capaces de no beber a raudales e intoxicarse con cierta doctrina ibérica: “*De que es ser humano, no cabe duda, puesto que biológicamente existe vida desde el primer instante de la concepción. Pero a ojos del legislador no puede reputarse persona, porque sólo la persona que existe en el mundo exterior es sujeto de derechos y obligaciones y para existir, jurídicamente hablando, es preciso haber nacido primero. Persona, pues, en el ámbito del derecho civil, sólo lo es aquella que ha nacido y por tanto no lo es la que todavía tiene vida embrionaria. En palabras de Doral García “sólo la persona es un “ser por sí” (...) con autonomía individual, dotado de libertad e independencia. Esa concepción del hombre es la que permite colocar a la persona en la cumbre de todo el derecho. El ser que se halla todavía en el seno de la madre es una persona *in fieri*, en formación; es una *spes hominis* que no puede ser titular de derechos; lo contrario –la atribución de personalidad al no nacido– supondría dejar flotando relaciones jurídicas que jamás llegarían a concretarse si el concebido no llega a nacer”* (Esther Arroyo i Amayuelas, *La protección al concebido en el Código Civil*. Cuadernos Civitas, 1992, 23 a 25).

Porque la disposición constitucional chilena es clara y es a ella a la que atiende con toda razón el órgano público autónomo del solar de los Teatinos: “Por su parte, el artículo 19 N° 1, de la Constitución Política prescribe, en lo que interesa, que: “La ley protege la vida del que está por nacer”, es decir, por mandato de la Ley Suprema *es imperativo para el legislador observar reglas destinadas a amparar a quien, no obstante no haber nacido, constituye una persona en gestación.*

No hay aquí sólo una cosa, un objeto de derecho, una “esperanza de ser hombre”, una ficción legal, un limbo jurídico; somos especialmente los juristas católicos los llamados imperiosamente a defender los derechos de las más indefensas de las humanas personas.

Continúa la Contraloría: “Las disposiciones precedentemente mencionadas en la Constitución de la República deben entenderse complementadas, a su vez, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, promulgada por nuestro país

mediante Decreto N° 873, de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que en su artículo 4º, N° 1, señala que: “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”.

“Así pues, y como quiera que acorde con el artículo 5º de la Carta Fundamental es deber de los Órganos del Estado respetar y promover los derechos que emanan de tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes—cuyo es el caso de la aludida Convención Americana sobre Derechos Humanos— el nonato debe ser considerado como persona para los fines en comento, de modo, entonces, que si la vida de un ser en gestación ha sido interrumpida en las circunstancias previstas en la Ley N° 19.123, éste debe ser estimado como causante de los beneficios que esta normativa regula”. (Contraloría General de la República, Boletín de Jurisprudencia, N° 78, julio-agosto 1995).

Aunque el dictamen no lo cita podría agregarse en esta misma línea a la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por Chile el 26 de enero de 1990 y publicada en el Diario Oficial de 27 de septiembre de 1990 que dice que “se entiende por *niño* todo *ser humano* menor de 18 años de edad...”. Esta definición comprende a los concebidos ya que el Preámbulo de dicha Convención dice: “*el niño* por su falta de madurez física y mental, necesita protección, cuidados especiales, incluso la debida protección legal, *tanto antes como después del nacimiento*”.

Quizá sea adecuado para finalizar esta ponencia decir que la persona y el Derecho de Familia son cosas demasiado serias para dejarlas en manos de civilistas, o al menos de algunos de nuestros colegas insprivatistas. Incluso son cosas más serias que las que puede abarcar la mera formación jurídica positiva, única con que nuestras Escuelas “golpean la mesa” del pobre estudiante de derecho de cada día y domestican su conciencia.

Así como un cuerpo sano reacciona ante los peligros que le amenazan es esperanzador ver que tanto el Senado de la República en su reciente acuerdo sobre la Conferencia de Pekín, como la Contraloría General de la República mantienen una doctrina que es acorde con la ciencia médica y con el derecho natural, único fundamento seguro de los derechos de la persona. Posición, por lo demás, que yo aprendiera aquí en esta Universidad de Chile de boca de Hübner Gallo y de Eyzaguirre Gutiérrez.

Porque nos enseñan los médicos—y lo sabemos los que somos padres y abuelos—: “En todo momento de su desarrollo, el fruto de la concepción es un ser viviente, esencialmente distinto del organismo que lo acoge y

que lo nutre. Desde la fecundación hasta la senectud, es el mismo ser viviente que se desarrolla, madura y muere. *Sus características individuales lo hacen único y, por lo tanto, irremplazable* (“Declaración de los médicos de Francia”, reproducido en “Textos de Ética Médica”, publicados por la Universidad de Chile, Facultad de Medicina, Santiago-Norte, primera edición (1977), 31).