

# DERECHO A LA VIDA DEL *NASCITURUS* EN ESPAÑA

Rodrigo Barcia Lehmann (\*)

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar cómo se protege la vida del *nasciturus* en el Derecho español. Es interesante la situación de este país, ya que al igual que la mayoría de los Derechos Latinoamericanos, y a diferencia de la mayoría de los países europeos, no se acepta el aborto voluntario, sólo el terapéutico. Pero, se diferencia con los ordenamientos jurídicos latinoamericanos en que el *nasciturus* no estaría protegido por la patria potestad y la autoridad paterna<sup>1</sup>.

## 2. BREVE ANÁLISIS HISTÓRICO

Los derechos del *nasciturus* se regulaban en el Digesto (D. 1,6,26.), que señalaba textualmente: “26. Los hijos ya concebidos son considerados en casi todo el derecho civil como nacidos; pues se les restituyen también las herencias legítimas, y si una mujer encinta hubiera sido apresada por los enemigos, el hijo nacido tiene el derecho de

---

(\*) Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile. Diplomado en Economía por la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad de Chile. Master en Economía y Dirección Internacional de la Empresa por el Centro Internacional Carlos V de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Autónoma de Madrid, España. Master en Law and Economics, Instituto de Análisis Europeo, Law Faculty II, Hamburg University, Alemania. PhD (c) Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, España.

<sup>1</sup> En realidad en el resto del mundo se habla de patria potestad, ya que ésta comprende tanto aspectos personales, como patrimoniales. Pero en Chile sólo se habla de patria potestad.

recuperar su condición libre por el *postliminio*, y sigue a su vez la condición del padre o de la madre según sea legítimo o no. Además, si una esclava encinta hubiere sido sustraída, aunque hubiere parido en poder de un comprador de buena fe, su hijo ya nacido, en cuanto ha sido hurtado, no se podrá adquirir por *usucapión*".<sup>2</sup> A su vez, en el Digesto (D. 25,4,1.) también se señala textualmente: "...pues el hijo, antes del parto, es una porción de la mujer o sus vísceras...". Finalmente, el Digesto (D.35,2,9.) señala literalmente: "...Respecto al hijo que esperaba una esclava no se admite distinción de momentos, y no sin razón, pues en tanto aquél no ha nacido no se dice que exista un esclavo". A pesar de lo señalado en las referidas normas, CASTÁN VÁZQUEZ indica que en el Derecho romano se reconocía una igualdad ontológica entre el nacido y el *nasciturus*. Dicha igualdad no se funda en una ficción, sino en la realidad. Aunque el autor no señala a qué realidad se refiere es deducible que se refiera al hecho del parto. De esta forma, para el referido autor, las modernas concepciones de persona, personalidad, sujeto de derecho y capacidad jurídica han trastocado dicha concepción romano justiniana. En tal sentido, se critica este cambio del principio de igualdad ontológica, por un principio de igualdad excepcional de limitado alcance, generalmente restringida al Derecho sucesorio. Esta tradición no sólo sería romana, sino que sobreviviría en el Derecho castellano, mediante la afirmación de existencia de la criatura en el vientre materno que recogerían las Partidas 3ª y 4ª. Pero, en la segunda mitad del siglo XIX, dicha posición cede a favor de la teoría abstracta de origen germano, que culmina con el Proyecto de Código civil español de 1851.

### 3. INAPLICABILIDAD DEL DERECHO CIVIL TRADICIONAL

Esta materia es una de las más difíciles de estudiar, ya que la Filosofía del Derecho no es clara en la determinación de los derechos de la madre y del *nasciturus* y las soluciones absolutas se presentan muchas veces como injustas y poco eficientes. Además, en el estudio de este problema se compromete a la mayoría de las asignaturas basales del Derecho, como Derecho Constitucional, Penal y Civil.

Los eventuales derechos del *nasciturus* están íntimamente ligados a las siguientes interrogantes: ¿es plausible clonar embriones para realizar un diagnóstico preventivo sacrificando una individualidad biológica para salvar otra idéntica? ¿No sería más ético mejorar las técnicas de diagnóstico por otras vías, sin tocar las células germinales, ni los embriones?, etcétera<sup>3</sup>. A pesar de que no puedo profundizar en estos problemas, es eviden-

<sup>2</sup> Vid. El Digesto de Justiniano, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros I – 1.9, versión castellana por D'Ors, A., Hernandez – Tejero, F., Fuentesaca, P., García – Garrido, M. y Burillo, J., editorial Aranzadi, Pamplona, 1.968, p. 61.

<sup>3</sup> Vid. Martín Bernal, J. M., y Garrido Lestache Cabrera, A., *Identificación del Nacido*, Colex, 1994, p. 80.

te que la mayoría de los Códigos civiles se ven sobrepasados en su regulación por estas interrogantes. Las soluciones que se adoptan, en virtud de los Códigos civiles sólo pueden aplicarse de manera totalmente artificial para solucionar estos problemas. De esta forma tomemos como ejemplo el artículo 30 del Código civil español que señala que para los efectos civiles se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas, enteramente desprendido del seno materno. Aplicar los artículos 29 y 30 del C.c. a las interrogantes anteriores nos lleva a rechazar la protección del *nasciturus*. Pero, esta posición es insostenible. A fines del siglo XIX –época de las referidas normas–, el legislador de entonces, ni siquiera remotamente pudo vislumbrar los supuestos a los cuales se pretende aplicar la referida norma. En consecuencia, el aplicar unas normas establecidas para unos supuestos específicos a otros substancialmente diferentes falta a la coherencia lógica. Por ello, tampoco cabría la posibilidad de aplicar dichas normas por analogía<sup>4</sup>.

### 4. DERECHO DEL NASCITURUS A LA VIDA

En el Derecho español si bien se sanciona el aborto la doctrina no es pacífica en la determinación de la naturaleza de esta protección. Así debemos estudiar la naturaleza de esta protección y concretamente determinar si el *nasciturus* tiene un derecho subjetivo a la vida y si procede la patria potestad con relación al *nasciturus*.

La Constitución española en su artículo 15 se refiere al derecho a la vida en los siguientes términos: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

De acuerdo a ROMERO CASABONA los derechos fundamentales presentan una doble dimensión, como un conjunto de valores objetivos positivizados de la comunidad –en este sentido se trata de bienes jurídicos fundamentales– y como auténticos derechos subjetivos que garantizan directamente las situaciones y actuaciones individuales. Por

<sup>4</sup> En realidad un estudio sobre este punto es sumamente interesante, ya que podríamos señalar que estas normas caen en *desuso* ante la imposibilidad de aplicarlas a los supuestos que ellas contemplaban. El *desuso* puede ser una valiosa herramienta que permita estudiar los nuevos supuestos a los que no pueden aplicárseles normas elaboradas para una hipótesis diferente. Así, por ejemplo podemos sostener que a pesar que en un ordenamiento jurídico se señale que no se admitirán las demandas de reconocimiento de paternidad, porque en ese momento su prueba con un nivel de cierta certeza es imposible. Si posteriormente, se descubre que a través de una determinada prueba, como ha ocurrido con el ADN, es posible con un alto nivel de certeza determinar la paternidad, dicha norma no se puede aplicar a esta nueva situación, porque su *ratio legis* obedece a la imposibilidad de rendir dicha prueba al momento de dictarse la norma, y la sentencia judicial que impida la rendición de la prueba carecería de coherencia lógica.

consiguiente, el derecho fundamental a la vida contiene al mismo tiempo el reconocimiento de un derecho subjetivo a quien tenga capacidad para ser titular del mismo (la persona, esto es, los nacidos) y la identificación de un bien jurídico protegido constitucionalmente (la vida humana en toda su evolución y desarrollo)<sup>5</sup>. En cuanto al *nasciturus* sólo se presentaría el segundo elemento, aunque no toda la doctrina española está de acuerdo con que el *nasciturus* no tiene un “derecho subjetivo a la vida”. En todo caso, la mayoría de los autores son de la opinión que no se llega a reconocer al *nasciturus* la calidad de titular del derecho a la vida<sup>6</sup>. Incluso para algunos autores, como BUSTOS PUECHE, los derechos de la personalidad del *nasciturus* se reducen al campo patrimonial, conforme a los artículos 627 y 959 del C.c. español.

Los argumentos en virtud de los cuales se señala que el *nasciturus* no tiene un derecho subjetivo a la vida son los siguientes: (a) De acuerdo a BUSTOS PUECHE esta sería la posición del Tribunal Constitucional, en la sentencia de fecha 11 de abril de 1985, que señala: “...no pueden estimarse para fundamentar la tesis que al *nasciturus* corresponda también la titularidad del derecho a la vida (...) es un bien jurídico (la vida del *nasciturus*) constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra normativa fundamental”. (b) En igual sentido se pronuncia CASTÁN VÁZQUEZ. Dicho autor plantea que en principio podría sostenerse que el artículo 29 del C.c. español establece un derecho subjetivo a la vida del *nasciturus*. Ello se debe a que conforme a la disposición citada “el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables” y como la patria potestad le es favorable al menor, entonces de ello se desprende que es perfectamente posible la patria potestad sobre el *nasciturus*. Sin perjuicio de lo anterior, CASTÁN VÁZQUEZ termina señalando que esta conclusión es sólo aparente, ya que el padre no podrá ejercer la patria potestad sobre el menor, como la educación, guarda, etcétera<sup>7</sup>. (c) Otro argumento que se ha dado para negarle al *nasciturus* el derecho a la tutela judicial es que el *nasciturus* no puede considerársele como comprendido dentro de la expresión “todos” utilizada en el artículo 15 de la Constitución española. Ello se debe a que en la mayoría de los tratados internacionales y textos sobre derechos humanos la palabra *todos* se refiere a personas. (d) Existe alguna jurisprudencia en tal sentido, como el fallo del Tribunal Europeo de 1973 en *Roe v. Wade*<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Vid. Romero Casabona, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 70 y 71.

<sup>6</sup> Vid., Rafael Gómez – Ferrer Sapiña, “Técnicas de Reproducción Asistida Humana y Derecho de Sucesiones”, *Revista Jurídica del Notariado*, enero – marzo de 1995, p. 186. Entre ellos también se puede citar a Rodríguez Mourullo.

<sup>7</sup> Vid. Castán Vázquez, José María, *Comentario del Código Civil*...

<sup>8</sup> En dicho caso se señala que en el vientre materno no hay más que una potencial vida humana y que hasta el nacimiento no existiría una persona.

Los argumentos a favor de la existencia de un derecho subjetivo a la vida del *nasciturus* los podemos agrupar de la siguiente forma: (a) Los derechos del *nasciturus* están considerados en el aludido artículo 15 de la Constitución. Así el argumento en virtud del cual la expresión “todos” de la referida disposición excluye al *nasciturus* no me parece para nada concluyente, ya que se ha señalado que otros textos de similar naturaleza, como la Declaración Internacional de los Derechos del Niño entienden que dicha expresión comprende al *nasciturus*. (b) Otro argumento a favor de la aplicación del artículo 15 de la Constitución al *nasciturus* es el rechazo a la modificación planteada por la Comisión Parlamentaria, en la discusión del artículo 15, que presentó una solicitud de enmienda en el sentido de sustituir la frase *todos tienen derecho a la vida, por las personas*. Sin embargo, dicha enmienda no prosperó en el Pleno del Congreso que retomó el texto original. En consecuencia, el pleno no quiso restringir la aplicación del artículo 15 de la Constitución solamente a las personas. De ello, se puede interpretar que su deseo era extender los alcances de la norma a aquellos a los que en esa época no se les consideraba como personas, es decir al *nasciturus*. GÓMEZ – FERRER SAPIÑA, parece ser de esta opinión al señalar que la palabra *todos* utilizada por el referido artículo, comprende a los concebidos, aún no nacidos<sup>9</sup>. (c) Esta posición tiene cierto sustento en la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 de 11 de abril que señala: “la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensiblemente configuración humana, y que termina en la muerte (...) la Constitución protege la vida”. Para los seguidores de la segunda posición los artículos 15 de la Constitución y 29 del C.c. serían contradictorios. De esta forma, el artículo 15 de la Constitución derogaría tácitamente al artículo 29 del C.c. Ello se debe a que el artículo 29 del C.c. al establecer que “el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables”, condiciona dicho efecto al cumplimiento del artículo 30 del C.c.<sup>10</sup>. Así, conforme a los referidos artículos 29 y 30 del C.c., el ordenamiento jurídico español exige para ser declarado como persona, a lo menos el hecho del nacimiento. Además, para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviere forma humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

En cuanto al Derecho autonómico, el Real Decreto-Ley de 26 de diciembre de 1975, agregó a la Ley 63 del Fuero Nuevo de Navarra el siguiente inciso: corresponde al padre o, en su defecto, a la madre la defensa de los intereses de los hijos concebidos y no

<sup>9</sup> Vid. Rafael Gómez – Ferrer Sapiña, “Técnicas de Reproducción Asistida Humana y Derecho de Sucesiones”, *Revista Jurídica del Notariado*, enero – marzo de 1995, p. 186.

<sup>10</sup> De acuerdo a J. M., Lete del Río esta interpretación ha sido confirmada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985. En la referida sentencia se declara el derecho a la vida del *nasciturus* como bien jurídico constitucionalmente protegido. Pero también admite la despenalización del aborto. Vid. Lete del Río, J. M., *Derecho de la Persona*, Segunda edición, Tecnos, Madrid, 1986, p. 195.

nacidos, e incluso de los no nacidos. A su vez, la Ley 63 reconoce la igualdad entre los padres otorgando a ambos la defensa de los intereses y las expectativas de los hijos concebidos y no nacidos e incluso de los no concebidos. Sin embargo, esta última facultad, de acuerdo al considerando 3º de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1995, no está considerada como una función inherente a la patria potestad.

La sentencia precedentemente aludida del Tribunal Constitucional de fecha 11 de abril de 1985 (STC 53/1985) señala que existe un derecho a la vida del *nasciturus*, pero le niega la calidad de derecho subjetivo. Así el referido fallo señala: "...no pueden estimarse para fundamentar la tesis que al *nasciturus* corresponda también la titularidad del derecho a la vida (...) es un bien (la vida del *nasciturus*) jurídico constitucional protegido por el artículo 15 de nuestra norma fundamental". El fallo precedentemente indicado fue especialmente relevante en España. Dicho fallo decidió sobre la constitucionalidad de la iniciativa que pretendió ampliar los supuestos de aborto voluntario. La referida sentencia estimó que el Proyecto de modificación del artículo 417 *bis* del Código Penal era incompatible con el artículo 15 de la Constitución española. Es más, agrega en forma categórica la sentencia: "...por lo que ha de concluirse que la vida del '*nasciturus*', en cuanto éste encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional". De la referida sentencia se desprenden las siguientes conclusiones: (i) la vida es un proceso que refleja un *status* jurídico público y privado. (ii) La gestación arroja un *tertium* distinto de la madre, aunque alojado en su seno. (iii) El nacimiento marca un *hito* de importancia que representa el inicio de la vida en sociedad. (iv) Finalmente el *nasciturus* adquiere con plenitud la vida humana al tener una vida independiente de la madre. Pero, a diferencia de la tesis alemana, el Tribunal Constitucional español no acepta que la titularidad del referido derecho sea del *nasciturus*.

Con anterioridad al referido fallo, el Tribunal Constitucional había señalado, mediante la sentencia de 27 de junio de 1984 (75/1.984), que "no hay inconveniente en reconocer (...) que según este precepto (el art. 15 de la CE), la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección". Sin embargo, la misma sentencia agrega a renglón seguido: "...pero de esta premisa no se sigue, en modo alguno, que los particulares tengan al respecto otros deberes sancionados que el de abstenerse de aquellas conductas que la ley penal castiga"<sup>11</sup>. Para ROMERO CASABONA el rechazo del Tribunal Constitucional hacia la titularidad de los derechos del *nasciturus* afectaría al derecho objetivo de tal forma que es

<sup>11</sup> Pero a pesar que el Tribunal Constitucional alemán reconoce la titularidad del derecho del *nasciturus* termina por considerar que la tensión entre dicho derecho y la autodeterminación de la madre, sólo cede una vez transcurrido el plazo que se señale al efecto. En definitiva el Tribunal Constitucional alemán sustenta una teoría en virtud de la cual los derechos del *nasciturus* deben ceder frente a los derechos superiores de la madre.

incongruente sostener límites de plazos para el aborto voluntario<sup>12</sup>. De esta forma, como consecuencia lógica de lo anterior, se debe llegar a la conclusión que el derecho al aborto voluntario es absoluto. A su vez, el referido autor agrega que de la doctrina del Tribunal Constitucional se desprende que la vida del concebido es un bien jurídico protegido por el Derecho, obligación que recae en primer lugar sobre el Estado. Pero el *ius punendi* contra los particulares, que atenten contra este derecho, goza de una penalización inferior a los delitos contra la vida. Por otro lado, ROMERO parece reconocer el valor que tiene la vida del *nasciturus* sólo a través de una norma jurídica objetiva. Así se obviaría el problema del contenido de los derechos fundamentales, ya que su sustento constitucional estaría en la *emanación de un valor objetivo de la CE*<sup>13</sup>. Por otro lado, como la vida es un proceso, la intensidad de la tutela del Estado va aumentando en la medida que se tiene certeza sobre la calidad de persona del *nasciturus*. En resumen, esta posición señala que el eventual derecho del *nasciturus* a no ser destruido estaría protegido por un derecho objetivo y más que un derecho fundamental, se trataría de un derecho constitucional. Además, para los seguidores de esta posición este derecho constitucional estaría subsumido dentro del derecho de la madre a tomar sus propias decisiones sobre su cuerpo<sup>14</sup>. En definitiva, se establecería una tercera posición que podríamos denominar intermedia. Dicha posición pretende proteger al *nasciturus* por medio de los derechos de la madre. Pero, no puede dejar de reconocerse que se hace bastante difícil proteger los derechos del *nasciturus* a través de la madre, ya que en la generalidad de los casos la colisión de intereses se va a producir precisamente con ésta<sup>15</sup>. Por último, dicha teoría puede dar lugar a una cuarta posición, en virtud de la cual los derechos de la madre se van diluyendo en la medida que existe una mayor certeza respecto del nacimiento del *nasciturus*. Sin embargo, se le puede objetar a esta posición las siguientes consideraciones: (i) Esta posición, como señala el propio ROMERO CASABONA, es inconsciente, ya que si se hace predominar el derecho de la madre sobre su cuerpo, la limitación temporal de este derecho no tendría fundamento alguno. (ii) Esta posición es contradictoria, ya que señala que se protege al *nasciturus* a través de la protección de la madre, pero posteriormente frente a terceros, como el Estado o los particulares, el fundamento de la protección del

<sup>12</sup> Vid. Romero Casabona, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 89.

<sup>13</sup> Vid. Romero Casabona, C. M., *Op. cit.*, p. 90.

<sup>14</sup> Esta protección del feto a través de la madre se aprecia en el artículo 9.2º del Real Decreto N° 1.566/1998, de fecha 17 de septiembre de 1998, que señala que las mujeres embarazadas deberán ser informadas del riesgo que puede suponer el tratamiento para el feto o embrión.

<sup>15</sup> Entre otros autores sigue esta tesis Arroyo Zapatero. En virtud de dicha tesis, los derechos de la madre van perdiendo terreno a favor del *nasciturus*, en la medida que se alcanza una mayor certidumbre sobre el nacimiento. De esta forma, mientras más se desarrolle el feto la tutela sobre los derechos de la madre se irán desvaneciendo. Los seguidores de esta teoría, recogida por algunas sentencias del Tribunal Supremo americano, señalaban que el otorgar predominio a la madre sobre la continuidad de la vida del *nasciturus* durante los primeros meses era respetuosa de esta posición.



derecho es nuevamente la vida del *nasciturus*. (iii) La solución de la protección temporal de los derechos del *nasciturus* es una solución práctica, más que teórica. Dicha posición trata de conciliar dos posturas, teóricamente contrapuestas, como el predominio de los derechos del *nasciturus* y la predominancia de los derechos de la madre. A su vez, el fundamento número 5º de la sentencia de 11 de abril de 1985 del Tribunal Constitucional es totalmente opuesto a esta posición<sup>16</sup>.

En consecuencia, la Constitución española está atribuyendo un derecho y protegiendo un bien jurídico a través de un derecho. El problema es determinar el alcance del término “todos” que ocupa la disposición en estudio. En caso que se entienda que dicha palabra considera al *nasciturus*, se nos plantea de inmediato el problema de la constitucionalidad del aborto, ya que un derecho no puede depender de la voluntad de un tercero, aunque sea la madre. También existe una tercera posición, sostenida por autores como BUSTOS PUENCHE, que sugieren que el derecho a la vida del *nasciturus* está protegido a través del artículo 10 de la Constitución, dentro de la dignidad humana<sup>17</sup>.

Otro aspecto a analizar con relación a los derechos del *nasciturus*, es el determinar si se decide proteger los derechos de éste, hasta dónde se protegen. Ello por supuesto dependerá, si consideramos que el *nasciturus* tiene o no derecho a la vida. Si estimamos que el *nasciturus* no tiene un derecho a la vida, bastará la simple voluntad de la madre para impedir que se desarrolle su vida intrauterina. Esta tensión entre el derecho eventual a la vida del *nasciturus* y la libertad de la madre ha sido resuelto de diferentes formas en el Derecho comparado<sup>18</sup>. En resumen, aparte de reconocer o rechazar el derecho a la vida del *nasciturus* se puede adoptar una tercera posición en virtud de la cual los derechos de la madre irán cediendo a favor del *nasciturus* en la medida en que éste se vaya desarrollando. También existe una cuarta posición, en virtud de la cual los derechos del *nasciturus* estarán comprendidos dentro de los derechos de la madre. El adoptar cada una de estas soluciones nos llevará a resultados diferentes.

<sup>16</sup> El referido numeral señala textualmente lo siguiente: “La vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental –la vida humana– garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional”.

<sup>17</sup> J. Bustos Puenche señala que estamos frente a un vacío de ley que nos debe llevar a la aplicación de los principios generales del Derecho. De esta forma podemos recurrir los artículos 144 a 146 del actual Código Penal que castiga la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación o la sanción al auxilio al suicidio regulada en el artículo 143 del Código Penal. Vid. Bustos Puenche, J. E., **Manual sobre Bienes y Derechos de la Personalidad**, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 69 y 70.

<sup>18</sup> Por citar algunos casos puedo señalar los siguientes: en Estados Unidos (TS Federal sentencia de 22 de enero de 1973) en el caso *Roe v. Wade*, Austria (TC, 11 de octubre de 1974), Francia (Consejo Constitucional, 15 de enero de 1975), Italia (Corte Constitucional, 18 de febrero de 1975), Alemania (TC, 25 de febrero de 1975, 28 de mayo de 1993), Portugal (TC, 19 de marzo de 1984) y España (TC, 11 de abril de 1985).

## 5. CONVENCIONES INTERNACIONALES SOBRE LA MATERIA

Otro aspecto a tomar en consideración es lo señalado por los pactos y convenios internacionales, que tienen influencia respecto a la discusión de la naturaleza de los derechos del *nasciturus*. El Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 16 de diciembre de 1966, señala textualmente, lo siguiente: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. De acuerdo a ROMERO CASABONA, de dicha disposición se pueden extraer las siguientes conclusiones: (i) El Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles garantiza el derecho a la vida frente a los Estados. Aunque estamos de acuerdo con el referido autor debemos agregar que este derecho también se garantiza frente a los particulares. (ii) En la aprobación del referido pacto fracasó el intento de introducir una cláusula que tutelara el derecho desde el momento de la concepción. Pero, la *ratio legis* de dicho rechazo parece estar en el deseo de evitar problemas posteriores de aprobación del referido tratado que podrían demorar su entrada en vigencia. (iii) El propio pacto excluye la pena de muerte para las condenadas que estuvieren en estado de ingravidez lo que de alguna forma vendría a reconocer los derechos del *nasciturus*<sup>19</sup>.

En el ámbito americano es destacable el artículo 4.1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, acordada por la Organización de Estados Americanos del 22 de noviembre de 1969, que declara expresamente: “Toda persona tiene el 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 podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. Pero a pesar que la convención parecería reconocer el derecho a la vida del *nasciturus*, ello es discutible, ya que la disposición transcrita utiliza la expresión *en general*, dando de esta forma la posibilidad de establecer excepciones. Sin embargo, debe tratarse de excepciones establecidas en términos expresos, ya que la regla general es la protección desde la concepción. Y además, la excepción debe establecerse en una disposición que tenga a lo menos el rango de ley. Incluso se puede sostener, dependiendo del ordenamiento jurídico, que la excepción debe consagrarse en un texto de rango constitucional. Ello se debe a que la norma de protección debe establecerse a lo menos en una norma de jerarquía semejante a los tratados sobre derechos humanos.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, aprobado el día 4 de noviembre de 1950 por el Consejo de Europa, también se refiere a esta materia en su artículo 2.1º. Dicha disposición señala que el derecho de toda persona (*everyone*) a la vida está protegido por la ley. Este artículo ha

<sup>19</sup> Vid. Romero Casabona, C. M., **El Derecho y la Bioética...Op. cit.**, pp. 52 y 53.



servido de fundamento para presentar algunas demandas contra algunas legislaciones en materia de aborto, específicamente contra Noruega y Austria (aunque la Comisión declaró inadmisibles los referidos libelos por falta de interés de las partes). Pero, posteriormente se producen dos importantes fallos en esta materia. Los casos fueron *Brüggeman und Scheuten v. Federal Republic of Germany*, *Paton v. United Kingdom*. En el primero de ellos, un padre presentó un recurso contra la sentencia del Tribunal Constitucional alemán y la subsiguiente reforma en materia de aborto. La referida presentación no prosperó, aunque la Comisión reconoció que el embarazo y su interrupción no eran un asunto de exclusivo interés de la madre. Por otra parte, en el segundo caso, un padre impugnaba la legislación inglesa que permitió el aborto de su cónyuge, sin mediar su consentimiento. La Comisión privó de amparo al *nasciturus* al entender que la expresión *toda persona* se refiere a la vida postnatal, como se desprende de la utilización de dicha expresión en el contexto de la convención. En cuanto a la expresión vida, la Comisión entiende que ella sólo se puede proteger explícitamente dentro de cada ordenamiento jurídico. De esta forma, cada Estado debe resolver con mayor autonomía sobre la despenalización del aborto voluntario. La protección del *nasciturus* sólo se logra de forma indirecta a través de la protección de la persona, como ocurre en la prohibición de aplicar la pena de muerte a la madre embarazada. Además, como señala ROMERO CASABONA, en el Tribunal y la Comisión persiste la tendencia a no pronunciarse respecto de la protección de la vida del concebido, con el fin de no condicionar las legislaciones internas en relación con el aborto voluntario<sup>20</sup>. En resumen, tanto la Comisión, como el Tribunal tienen una tendencia a interpretar restrictivamente el artículo 21.º de la Convención y dejar en libertad a los Derechos internos en esta materia, así en los hechos estos organismos no reconocen el derecho a la vida del *nasciturus*. Pero esta interpretación está en evidente contradicción con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales. A su vez, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales coincide con el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, en el sentido de indicar en el párrafo 5 del referido artículo que la pena de muerte no será impuesta a la mujer embarazada. Por otro lado, en la Declaración Internacional de los Derechos del Niño, se proclama la protección del menor en los siguientes términos: “El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal”. A pesar que en la última parte de la norma transcrita pareciera extender el ámbito de protección al *nasciturus*, se señala que al tratarse de una mera declaración de derechos, dicha norma no vincula a los Estados firmantes. Sin embargo, ello es verdad sólo en parte, ya que si

<sup>20</sup> Vid. Romero Casabona, C. M., *Op. cit.*, p. 58.

suponemos que en el Derecho español existe un vacío de ley en esta materia, entonces debemos integrar la ley y la ley se integra través de la analogía o los principios generales del Derecho. De esta forma, si aplicamos la analogía extenderemos el ámbito de la tutela del menor al *nasciturus* y si aplicamos los principios generales del ordenamiento jurídico español es obligatorio la aplicación de la Declaración de los Derechos del Niño, que integran en dicho ordenamiento una protección amplia del menor extendiéndola a la concepción de acuerdo a la norma transcrita<sup>21</sup>. Además, dicho principio podemos concordarlo con la declaración manifestada en el preámbulo de la Constitución de 1978 que proclama la voluntad de “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos”.

En cuanto a la convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, uno de los aspectos más discutidos en el Proyecto de dicha convención, fueron los derechos del *nasciturus*. En el primer modelo de Proyecto, presentado por Polonia, se consideraba a los derechos del *nasciturus*. En cambio, el segundo modelo entendía a los menores como a todo ser humano desde el momento del nacimiento hasta que cumpla 18 años o menos, dependiendo si bajo una legislación específica la mayoría de edad se alcanza antes. El Grupo de trabajo se dividió entre los países que querían incluir al *nasciturus* en dicha definición y los que se oponían<sup>22</sup>. El primer grupo de países se conformaba por aquellos que no aceptan el aborto, en cambio el segundo grupo se componía de los países desarrollados, que en su mayoría en menor o mayor medida aceptan el aborto<sup>23</sup>. De esta forma, en el grupo de trabajo, Malta y Senegal, apoyados por la Santa Sede, propusieron extender el ámbito de protección de la convención al *nasciturus* y considerar dicho ámbito desde la concepción. Pero, ante la amenaza del retiro de los países desarrollados dicha iniciativa fue desechada<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Por ello no comparto la opinión de C. M. Romero Casabona que señala que la referida declaración no es vinculante para España. Ello se debe a que si analizamos este problema desde la perspectiva del vacío de ley llegaremos precisamente a la conclusión contraria. Vid. Romero Casabona, C. M., *El Derecho y la Bioética...Op. cit.*, p. 60.

<sup>22</sup> En torno a la discusión en cuanto al art. 1 de la Convención con relación al ámbito de protección desde la concepción o el nacimiento, vid. Detrick, S., “The Origins, Development and Significance of the United Nations Convention on the Rights of the Children”, Chapter I, *The United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, p. 26.

<sup>23</sup> Se discutió la posibilidad de rebajar el límite de mayoría de edad a 15 años. Además de la posibilidad de otorgarles plena capacidad legal a los menores.

<sup>24</sup> A pesar de ello, se transó entre los países en conflicto y se hizo mención a los derechos del *nasciturus* en el preámbulo de la Convención. Así, en el preámbulo se señala que los menores en razón de su condición física y inmadurez, necesitan especial salvaguardia y protección, incluyendo una adecuada protección legal, tanto antes como después del nacimiento. Evidentemente, al estar ubicada la norma en el preámbulo no vincula a los Estados Partes.

## 6. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL DERECHO COMPARADO

En cuanto al aborto, la primera ley europea en tratar esta figura fue la *Abortion Act* aprobada en Gran Bretaña el año 1967. Posteriormente, Estados Unidos de América seguiría esta tendencia, por medio de un dictamen del Tribunal Supremo que declara que el aborto es un derecho fundamental fundado sobre la *privacy*. En nuestros días sólo se prohíbe el aborto directamente en Malta e Irlanda. En este país se prohíbe el aborto por disposición constitucional<sup>25</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia del Reino Unido, una de las sentencias más influyentes en esta materia fue la que resolvió el caso *Kelly v. Kelly* (27 de mayo de 1997). En dicha causa, el marido de una mujer que estaba embarazada presentó un recurso que tenía por objeto evitar que ésta abortara. El marido presentó el recurso en representación del *nasciturus*. La Corte entendió que la discusión en definitiva era si el *nasciturus* tenía un derecho a permanecer en el vientre de la madre. El Tribunal resolvió que en el Derecho escocés no existe tal derecho. De esta forma, la Corte trataría al derecho a abortar como un derecho absoluto, en la medida que se cumpla con los requisitos legales –los señalados en the *Abortion Act 1967*–. Sin embargo, este derecho puede ser considerado como incompatible con las órdenes de no dañar al feto, en el sentido de prohibir a la madre realizar algunas actividades como fumar, tomar, etcétera. El argumento que desarrolla la Corte para evitar esta incoherencia es que el feto en la medida que no es persona carecería de estos derechos. Pero, después del nacimiento estos derechos se transformarían en reales y se retrotraerían a la fecha de la concepción. Y como no existe certidumbre del nacimiento a la fecha de la concepción; entonces debe de protegerse al *nasciturus* en el evento que naciere. A su vez, el posible conflicto entre este eventual derecho con el derecho a abortar de la madre es evidentemente imposible. Ello debido a que el aborto es un derecho de la mujer, en cambio el *nasciturus* sólo tiene un derecho eventual limitado al nacimiento. Este es el argumento de fondo, pero existen

otros como el riesgo de vida de la madre, en cuyo caso debe preferirse una vida certera –la de la madre– a una vida eventual –la del *nasciturus*–<sup>26</sup>.

También debo analizar qué sucede si la madre que desea efectuar el aborto es una menor, pero los padres se oponen a ello. Este problema no se plantea en todos los países, ya que no todos aceptan el aborto. De esta forma, dicha hipótesis sólo se planteará en los países que toleran el aborto voluntario.

En Gran Bretaña, el proceso de mayor influencia en esta materia fue el caso *Gillick* que terminó por reconocer una esfera importante de autonomía de los menores en materia de relaciones sexuales y de aborto. Dicha posición, como hemos visto, se consolidó a través de múltiples fallos posteriores. Así se resuelve en *Re P case* –en este caso se autorizó el aborto contra la opinión de los padres y como era el segundo, se autorizó a la menor para implantarse un mecanismo anticonceptivo–. Además este caso presentaba la peculiaridad que la menor poseía un trastorno mental leve. Conforme a autores como BEVAN, en los países del *Common Law* para solucionar este conflicto suele recurrirse al interés superior del menor. En tal sentido, el referido autor –aplicando el raciocinio de LORD FRASER– señala que para determinar si procede aplicar el interés superior del menor en favor del aborto, se deben de satisfacer las siguientes condiciones: (i) Que la menor entienda los consejos y riesgos del aborto. (ii) Que no sea posible persuadir al menor de informar a sus padres, y el médico debe poner todo su esfuerzo en convencer a la menor de comunicar dicha decisión a sus padres. (iii) Que la menor consienta en el aborto. (iv) El aborto debe ser legal bajo la Ley de aborto de 1967. (v) Todo esto debe ser en el interés superior de la menor. En definitiva, en dicho país, la discusión en torno a este tema, se produce en dos etapas: (i) Se debe determinar, si la menor posee las condiciones de madurez necesarias para decidir por sí misma. (ii) En caso que ello no sea de esta forma, se debe determinar si el deseo de abortar de la menor está de acuerdo con su interés superior. Si estamos frente al primer supuesto y la menor no desea que sus padres tengan conocimiento de su decisión de abortar, el Tribunal debe asegurar el ano-

<sup>25</sup> De esta forma el artículo 40.3º de la referida Constitución señala literalmente lo siguiente: “El Estado reconoce el derecho a la vida del niño nonato y, con la debida consideración a la igualdad del derecho a la vida de la madre, garantiza el respeto y, en la medida de lo posible, respetar y defender este derecho en sus leyes”.

<sup>26</sup> En la terminología inglesa la discusión se plantea en si el aborto es un *actionable wrong* o *the right of the foetus to continue in the womb*. Y, como indiqué, la jurisprudencia de dicho país señala que no se produce el daño –requisito de la acción– hasta que la persona no nazca y tampoco existe el derecho del *nasciturus* a permanecer en el vientre de la madre. De esta forma *Lord McCluskey* señala textualmente: “*There can be no liability to pay until there is a person in respect of whose loss the claim to damages arises. An unborn person, a foetus, is not a person in the eyes of the law –at least in relation to the law of civilremedies– and there can be no liability to pay damages to a foetus, even though the foetus has sustained injuries resulting from a negligent act or omission constituting a breach of duty owed*”. *Kelly v. Kelly* (27 de mayo de 1997). En igual sentido el Juez Robins de Canadá, en el caso *Dehler v. Ottawa Hospital* (1979) indica literalmente: “...the law does not regard an unborn child as an independent legal entity prior to birth, it is not recognised as having the rights the plaintiff asserts on its behalf or the status to maintain an action”. Y finalmente, se resuelven de igual forma en Canadá, en los casos *Medhurst v. Medhurts* (1984), *Borowski v. A-G for Canada* (1987) y *Roe v. Wade* (1.973). Vid. Wagstaffe, C., “*Kelly v. Kelly*”, *Family Reports*, (1.997) 2 FLR, number 6, Bristol, Jordan Publishing, 1997, pp. 834 y 835.

nimato de la menor –los padres no necesitan ser notificados–. En esta primera etapa solamente se apreciaría el principio de la progresividad en el ejercicio de los derechos de los menores. El fundamento constitucional del derecho a abortar estaría en el derecho de los menores a la privacidad –*privacy rights*–. En igual sentido, HOROWITZ señala que, en los Estados Unidos de América, existe una serie de casos en que la Corte Suprema ha fallado que los menores, como los adultos, tienen un derecho a la privacidad, el que se expresa en la decisión de abortar. La Corte ha indicado que constitucionalmente, los Estados no pueden dar a los padres un veto generalizado. El interés de los padres no está sobre la decisión de abortar (*In Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*). Ello, sin perjuicio que la mayoría de los Estados no han autorizado el aborto sin el consentimiento de los padres<sup>27</sup>. En cuanto a la segunda etapa, conforme a KRAMER y SHEPARD'S, para la determinación del interés del menor, serán determinantes las siguientes circunstancias: (i) la habilidad del menor para tomar decisiones críticas e informadas, (ii) la peculiar vulnerabilidad del menor y (iii) la importancia de los padres en su rol de educadores<sup>28</sup>. Pero, es difícil fijar un criterio general en esta materia. Así, la Corte Suprema americana decidió en el caso *H. L. v. Matheson* que la notificación a los padres requerida por la legislación de Utah del menor en un caso de aborto no era inconstitucional. Dicha notificación se aplicaba respecto de un menor no emancipado, que no poseía las condiciones de madurez, que vivía con sus padres y respecto del cual no era posible deducir una situación hostil de parte de éstos. Asimismo debemos recalcar que la Corte no siempre da lugar a la comunicación de los padres, sino que dicha circunstancia dependerá de los factores precedentemente indicados. En los casos en que se debe comunicar por el facultativo la decisión de abortar de los hijos, se debe fijar un período entre la comunicación y el aborto, que de acuerdo a la Corte no puede ser menor de 24 horas. También, en algunos Estados los menores mayores de cierta edad –quince años– pueden decidir libremente sobre si abortar o no. Pero, respecto de los menores de

<sup>27</sup> De esta forma la Corte, en el caso *In Bellotti v. Baird*, consideró inconstitucional el procedimiento establecido por el Estado para lograr el consentimiento de los padres para que las hijas abortaran. Los padres debían ser notificados de una solicitud en tal sentido y los Tribunales podían substituir dicho consentimiento, si consideraban que la madurez del menor era discordante con la decisión de los padres. De esta forma, la Corte señala: "El procedimiento de la Corte debía asegurar el anonimato en la solicitud del menor y expedir una resolución en orden a otorgar una efectiva oportunidad para abortar". Los argumentos en que se basaba la exigencia de una solicitud de aborto por parte del menor eran la peculiar vulnerabilidad del menor, su incapacidad para hacer críticas a una decisión, la necesidad que se le informase y la importancia del rol educativo de los padres. De esta forma, los Estados no pueden limitar el acceso de los menores solicitando autorización para abortar. En los subsiguientes casos de consentimiento paterno o procedimientos alternativos ante la Corte, ésta centró su atención en la adecuación de las alternativas de procedimiento. Vid. Dodson, G. D., "Legal Rights of Adolescents: Restrictions on Liberty, Emancipation, and Status Offenses", Chapter IV, *Legal Rights of Children*, Editors Horowitz, Robert M. & Davidson, Howard A., Mc Graw – Hill Book Company, Colorado, U.S.A., pp. 139 a 141.

<sup>28</sup> Vid. Kramer, D., y Shepard's, J. D., *Legal Rights of Children*, vol. 1, *Legal Rights of Children*, second edition, Mc Graw – Hill, Inc., U.S.A., 1994, p. 651.

dicha edad se aplican los criterios generales respecto de las condiciones de madurez y el interés del menor.

En Francia la Ley *Veil* permite la interrupción voluntaria del embarazo, al igual como en la mayoría de Europa. A su vez, la religión islámica acepta el aborto, pero sólo en los 120 primeros días de vida, por estimar que después de dicho plazo el alma ingresa al cuerpo<sup>29</sup>.

## 7. ALGUNAS CONCLUSIONES

En materia de derechos del *nasciturus* existen a lo menos tres tendencias. Por un lado, la mayoría de los países reconoce el derecho de la madre al aborto, pero en algunos dicho derecho se limita a los primeros meses de gestación. Por otro lado, en los países que se reconoce el derecho a la vida del *nasciturus* se discute acerca de si este derecho se protege a través de un derecho subjetivo o simplemente un derecho objetivo. También se discute sobre si existe patria potestad con relación al *nasciturus*<sup>30</sup>.

En realidad el Derecho a la vida se protege en todo ordenamiento jurídico desde dos perspectivas. La primera como un bien jurídico de carácter público, en este supuesto el sujeto activo del derecho es la sociedad, y ello se aprecia en los delitos de lesiones y de homicidio. También se protege otorgando acción al titular del derecho violado para exigir una reparación, de acuerdo a la normativa del derecho privado, ello ocurre con la acción de indemnización de perjuicio de los herederos de la víctima. Pero en los países que no se acepta la patria potestad con relación al *nasciturus* nos debemos preguntar: ¿qué ocurre en los casos de atentados contra la vida del *nasciturus*? E incluso en los países en que se acepta la patria potestad o autoridad paterna con relación al *nasciturus* nos debemos plantear, si en estos casos el padre que no tiene la patria potestad o autoridad paterna puede velar por los intereses del *nasciturus*. Creo que ello es así a lo menos de forma preventiva. Así, un padre aunque no tenga el ejercicio de la patria potestad, en virtud del principio del interés del menor podrá solicitar que se adopten las medidas necesarias para proteger la vida del menor. En España, de esta opinión parece ser ROMERO CASABONA, que señala que en ocasiones, el derecho a la vida ha sido puesto en favor de otros derechos considerados superiores, como ha sucedido en especial con la libertad y la dignidad de la persona. Pero agrega con un cierto acento crítico que aun siguiendo estas teorías individualistas debemos reconocer que la vida en sociedad

<sup>29</sup> Así se ha interpretado el *Corán* 23, 13–14. En dicho pasaje se distinguen dos etapas fundamentales, la creación de la materia –el cuerpo– y el ingreso del alma que da lugar a una creación nueva.

<sup>30</sup> En la mayoría de los países latinoamericanos se reconoce la patria potestad sobre el *nasciturus*.



impone ciertas limitaciones al individuo<sup>31</sup>. En todo caso, la mayoría de los países europeos no reconocen el derecho a la vida del *nasciturus* y consecuentemente no reconocen la existencia de la patria potestad sobre dicha criatura.

En los países que protegen al *nasciturus* a través de derechos objetivos se debe analizar la incidencia del aborto, como causal de pérdida de la patria potestad; ella se puede presentar respecto del padre, como de la madre. Con relación al padre, la opinión de éste a favor del aborto no parece ser decisiva para determinar la pérdida de la patria potestad por sí sola. Pero, acompañada de otras circunstancias, como el perjuicio del menor, en tanto se le provoque algún daño o con posterioridad al nacimiento, que no se ejerzan adecuadamente los deberes de la patria potestad puede llevar a su pérdida<sup>32</sup>. También son importantes las restricciones que puede establecer el juez respecto de las personas que cometan el delito de aborto no consentido contra la madre. En dicho caso, además de perder la patria potestad, en España se podrían imponer medidas restrictivas de aproximación, comunicación a la víctima conforme al artículo 57 y 131, apartado 1 del Código penal<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> De acuerdo a C. M. Romero Casabona, el Estado impone ciertos deberes en relación al derecho a la vida y se obliga a cierto comportamiento en relación a éste. De esta forma, el Estado tiene los siguientes deberes: (i) Deberes negativos: respeto. El Estado tiene la obligación de imponer un respeto hacia el derecho a la vida, oponible a todos los ciudadanos y que comprenda todas las circunstancias, sin ninguna clase de restricción. (ii) Deberes positivos: protección. Este deber es de naturaleza positiva, ya que atiende directamente al objeto del derecho, que es la vida. (iii) Ejercicio del *ius puniendi*. El Estado debe ejercer el *ius puniendi* contra todas aquellas personas que atenten contra el bien jurídico vida. Dichas penas van desde la no penalización respecto del suicidio frustrado –por confundirse las identidades de víctima y victimario y razones de índole humanitaria– a la pena de muerte utilizada como *última ratio* por algunos ordenamientos jurídicos. Vid. Romero Casabona, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana*. Op. cit, p. 28.

<sup>32</sup> Así parece comprenderlo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala Civil, de fecha 16 de junio de 1995. Dicho fallo señala textualmente, en el fundamento de derecho segundo, lo siguiente: “La Sala de instancia, valorando la prueba practicada en autos, sienta sobre los hechos aducidos como causa justificativa de la privación de la patria potestad las siguientes conclusiones: A) En relación a la proposición para el aborto imputada al reconvenido, a) que no resulta acreditada “la concreta intención por parte del actor de que doña Miryam B. A. abortara, al menos en cuanto a que desplegara una actividad mínimamente consistente para dejar de ser una nueva opción”; b) que “si efectivamente se planteó a la demandada tal posibilidad, no tuvo ninguna trascendencia, no sólo porque al final aquélla diera a luz a su hija, sino porque no se evidencia una especial tensión o trauma en la madre que pusiera de manifiesto la intensidad de la postura del padre, reflejo de un decidido y firme rechazo sobre el concebido aún no nacido”; y c) que, aparece, por contra, como cierto “que, a partir del nacimiento, el actor ha desplegado una actividad clara tendente a lograr ejercitar la patria potestad, señal de su interés por la hija”. B) en orden al “maltrato físico y moral” del reconvenido para con la demandante reconvenida, que “no basta el mero y automático traslado de la constatación de una conducta vejatoria –en toda la amplitud que se quiera– respecto del otro cónyuge [sic], en tanto tal conducta no se evidencia generalizada, conformadora de una personalidad que incida perniciosa y negativamente sobre el hijo, tanto en cuanto a su desarrollo físico como el psíquico y moral, y que en general lesione el normal y adecuado desarrollo de la personalidad del hijo sobre el que deba recaer el ejercicio de la patria potestad”.”

<sup>33</sup> Estas reglas fueron agregadas al Código penal en su nueva redacción por el artículo 1.6º y 1.9º de la Ley Nº 14/1999 sobre Protección a las Víctimas de Malos Tratos.

Nuestro Código civil fue uno de los primeros en América Latina en proteger al *nasciturus* a través de su artículo 74 que señala literalmente, lo siguiente: “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. Pero en Chile a diferencia de lo que ocurría con el Código civil brasileño la concepción no daba origen al nacimiento de la patria potestad<sup>34</sup>. El Código de Teixeira de Freitas recoge este criterio y protege directamente al *nasciturus* a través de la patria potestad. Dicha posición a su vez, pasa a los Códigos civiles argentino, peruano y chileno<sup>35</sup>.

En Chile el análisis de una reforma sobre el aborto se complica, ya que en virtud del artículo 5º de la Constitución de 1980, los derechos humanos reconocidos por Chile mediante acuerdos internacionales ingresan al derecho nacional con rango constitucional. Por ello, si en Chile se acepta que el derecho a la vida se extiende al *nasciturus*, en virtud del artículo 4.1º del Pacto de San José de Costa Rica, entonces para legislar en materia de aborto no sería suficiente una ley, sino que se requeriría de una reforma constitucional<sup>36</sup>. Pero, esta conclusión tampoco es definitiva, si se considera que la dignidad del ser humano incluye el derecho de la madre a disponer de su propio cuerpo. En todo caso, en Chile aún se debe abrir un debate sobre la necesidad de mantener al aborto como un delito penal. Sin perjuicio de ello, en un análisis de este tipo no se puede obviar un estudio adecuado de la cantidad de abortos ilegales que se producen en el país y los daños que producen estas operaciones en las mujeres que abortan<sup>37</sup>.

Otro aspecto interesante a analizar, en esta materia, es la relación entre el secreto médico y el aborto. En los países en que se acepta el aborto, el alcance del secreto profesional de los médicos es especialmente importante respecto de los menores, que requieren de autorización de los padres para abortar o que deben recurrir a una autoriza-

<sup>34</sup> Ello es evidente en el Código civil chileno, ya que la patria potestad no tiene efectos personales, sino sólo patrimoniales.

<sup>35</sup> Así la Ley chilena 19.585/98 agregó un nuevo inciso al artículo 243.2º del C.c. señalando que “La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer”.

<sup>36</sup> Incluso existen autores que llegan a señalar que dichas normas tendrían una especie de rango supraconstitucional y que ni aun una reforma de la Constitución podría afectarlos. También parece entenderlo de esta forma C. Fuenzalida Zúñiga, al referirse al artículo 5 de la Constitución y al Pacto de San José de Costa Rica, aunque no profundiza en las conclusiones de dicha relación. Vid. Fuenzalida Zúñiga, C., “Protección Jurídica del Embrión en la Legislación Chilena”, *Revista chilena de Derecho*, Tesis de Grado, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 25, Nº 4, (1998), p. 840.

<sup>37</sup> En Chile el aborto está sancionado penalmente, independientemente de las sanciones administrativas que se establecen al efecto. Así se establece en los artículos 343 y siguientes del Código Penal, Código Sanitario y Resolución 1.072 del Ministerio de Salud.

ción judicial que los autorice a ello. En cuanto al aborto y al secreto médico, en los Estados Unidos de América, no existe un criterio uniforme. De esta forma, en algunos Estados el aborto está protegido por el secreto médico, pero en otros se autoriza a otorgar el conocimiento a los parientes<sup>38</sup>.

## LA DETERMINACIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO Y EN EL CÓDIGO DE FAMILIA DE CATALUÑA. UN ANÁLISIS COMPARADO

Ruperto Pinochet Olave (\*)

### I. INTRODUCCIÓN

El 26 de octubre de 1999 entró en vigor en Chile la Ley N° 19.585, publicada en el *Diario Oficial* el 26 de octubre de 1998, cuerpo legal que modificó completamente el estatuto relativo a la filiación que existía hasta ese momento en el Código Civil chileno, incorporando por primera vez el principio de igualdad de todos los hijos, principio al que ya había adscrito la República de Chile al ratificar diversos tratados internacionales que lo contenían.

Aprovechando la oportunidad que creemos encontrar, en el hecho de que muchos de los principios y reglas, recién incorporados en Chile, se encuentran en la legislación catalana hace tiempo y, por tanto, ha habido un importante desarrollo doctrinal y jurisprudencial, es que, partiendo del análisis jurídico crítico que haremos de la Ley Catalana, intentaremos, bajo esos mismos prismas de análisis, estudiar la ley chilena, para así contribuir al desarrollo doctrinal y jurisprudencial que seguirá a la entrada en vigencia de la nueva normativa.

Es necesario advertir que el presente trabajo sólo tiene como pretensión el estudio de una parte minoritaria de ambos estatutos sobre filiación, por lo que no permitirá formarse una opinión general de la regulación chilena, sino sólo sobre la parte de la materia que nos ocupará: La Determinación Extrajudicial de la Filiación Matrimonial.

(\*) Profesor de Derecho Civil. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. rpinoche@pehuenche.utalca.cl

<sup>38</sup> Vid. Dodson, G. D., "Legal Rights of Adolescents: Restrictions on Liberty, Emancipation, and Status Offenses", Chapter IV, *Legal Rights of Children*, Editors Horowitz, Robert M. & Davidson, Howard A., Mc Graw - Hill Book Company, Colorado, U.S.A., p. 139.