Índice

La regla de la ventaja para el concebido en el derecho civil chileno
Autor: Ian Henríquez Herrera
Editorial Thomson Reuters /2011
www.librotecnia.cl

Pág.

Prólogo 1
Introducción 5

Primera Parte
Origen, fundamentación y recepción de la regla de la ventaja en el Derecho Civil Chileno

Capítulo Primero
Las Reglas (*Regulae Iuris*)
Origen, naturaleza y funciones en el actual sistema jurídico chileno

I. El origen y desarrollo histórico de las reglas 11
1. Origen de las reglas 12
2. La recopilación de reglas en el Digesto 13
3. La proliferación de su uso desde el Medievo 13
4. La Escuela de la Exégesis y el declinar de las reglas 14
5. La crisis del positivismo legalista y el resurgimiento de las reglas 15
II. Naturaleza jurídica de las reglas 16
1. Delimitación del objeto 17
2. Etimología de *Regula* 17
3. Características de las reglas 18
3.1. Concisión y precisión como atributo de las reglas en las definiciones de la tradición jurídica 18
3.2. Controversia sobre el valor normativo *per se* de las reglas 19

www.librotecnia.cl

Página

4. Las reglas según Federico de Castro 19
5. Nuestra posición 19
5.1. Razonabilidad práctica-jurídica y respeto a la tradición 19
5.2. Reglas y Brocardos 20
5.3. Aforismos, adagios o máximas jurídicas 21
III. REGLAS Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO 21
1. Diversos métodos de aproximación 22
1.1. Modo arquetípico de aproximación a los principios generales del Derecho 23
1.2. Modo abstracto de aproximación a los principios generales del Derecho 25
1.3. Ausencia de oposición dialéctica entre uno y otro modo de aproximación 27
2. Ámbito de aplicación de los principios 27
3. Las reglas se oponen a principios. Problema de lenguaje 28
4. Las *regulae iuris* pueden configurar principios jurídicos 29
IV. REGLAS Y EQUIDAD 30
1. Equidad como la justicia del caso particular 30
2. Equidad como benignidad 32
3. Equidad como derecho romano-justinianeo 33
V. FUNCIONES DE LAS REGLAS EN EL ACTUAL SISTEMA JURÍDICO 34
1. Función interpretativa e integrativa 34
2. Función argumentativa 35
3. Función persuasiva o retórica 36
VI. LA RECEPCIÓN DE LAS REGLAS COMO FUENTES DEL DERECHO CIVIL CHILENO 37
1. Su reconocimiento por las normas legales de interpretación y fundamentación de las sentencias 38
2. Su reconocimiento por la jurisprudencia judicial 39
3. Su reconocimiento por la jurisprudencia del tribunal constitucional 41
4. Su reconocimiento en el derecho internacional de los Derechos Humanos 42

www.librotecnia.cl

Página

5. El uso jurisprudencial como fundamento para su recepción normativa 43
6. Las reglas en tanto enunciado de razonabilidad práctica. Vinculación *per se* 43
VII. RECAPITULACIÓN 43

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REGLA DE LA VENTAJA PARA EL CONCEBIDO. FORMACIÓN, FUNDAMENTOS Y OPORTUNIDAD DE APLICACIÓN.

I. LA FORMACIÓN DE LA REGLA 47
1. Origen clásico 47
2. Asidero textual de la regla 49
3. Decurso de la Formación de la regla: del período clásico a la codificación 50
4. Uso práctico de la regla: resolución de casos no previstos 51
5. Los aforismos que la expresan 52
II. LA FUNDAMENTACIÓN: ¿PARIDAD O FICCIÓN? 53
1. La doctrina de la paridad 53
2. La doctrina de la ficción 56
3. Consecuencias de la adhesión a una u otra doctrina 58
4. Nuestra posición: Los supuestos de la doctrina de la ficción están superados 59
III. OPORTUNIDAD DE SU APLICACIÓN: ¿ANTES O DESPUÉS DEL NACIMIENTO? 60
1. Aplicación posterior al nacimiento 60
2. Aplicación anterior al nacimiento 61
IV. FUNDAMENTACIÓN DE LA APLICABILIDAD DE LA REGLA DE LA VENTAJA 61
1. Vehículo de un principio de derecho 62
2. Manifestación de un principio técnico 62
3. Expresión de equidad natural 63
4. Complementariedad de las tres fundamentaciones 63
V. RECAPITULACIÓN 64

www.librotecnia.cl

Página

CAPÍTULO TERCERO
LA RECEPCIÓN DE LA REGLA DE LA VENTAJA
EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

I. LA REGLA EN EL DERECHO Y EN LA DOCTRINA CASTELLANA 67
1. La regla en Las Siete Partidas 67
2. La regla en la doctrina castellana 69
II. LA REGLA EN LOS ALBORES DE LA REPÚBLICA 71
1. Continuidad normativa y doctrinaria 71
2. La "libertad de vientre" como expresión de la regla 72
III. LA REGLA EN EL PROCESO DE ELABORACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL 73
1. El *nasciturus* en los trabajos preparatorios del Código 73
2. La distinción doctrinaria entre partos naturales y abortivos 75
2.1. Requisitos para el parto natural 75
2.2. El texto de Nov. Rec. 10.5.2 76
2.3. Relevancia de la distinción entre parto natural y abortivo 77
3. Las notas de Bello en los proyectos de Código 77
4. La doctrina utilizada por Bello 80
5. La codificación comparada 81
IV. LA RECEPCIÓN DE LA REGLA EN EL CÓDIGO CIVIL APROBADO 84
1. La recepción a través de instituciones derivadas de la regla 84
1.1. El matrimonio putativo 85
1.2. La curaduría de bienes del que está por nacer 85
2. La recepción a través de beneficios directos al concebido 86
2.1. El concebido como heredero 86
2.2. El concebido como donatario 87
2.3. El concebido como fideicomisario 87
3. Los artículos 74, 75 y 77 del Código Civil como expresiones específicas de la regla de la ventaja. 88
4. La recepción doctrinaria del aforismo en los artículos 75 y 77 del Código Civil 88

www.librotecnia.cl

Página

V. RECAPITULACIÓN 89

CAPÍTULO CUARTO
LA FUNDAMENTACIÓN DE LA REGLA EN EL CÓDIGO CIVIL

I. LA DOCTRINA DE LA PARIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA REGLA EN EL CÓDIGO CIVIL 91
1. La fundamentación de la regla en el pensamiento romanista de Bello 92
1.1. El pensamiento romanista plasmado en *Las instituciones de derecho romano* 92
1.2. El conocimiento de las *Instituta* de Gayo 94
1.3. El pensamiento romanista de los *principios de derecho romano* 95
2. El intento de Bello de expresar la doctrina castellana bajo la sistemática de Savigny 97
3. Razones para descartar la adhesión de Andrés Bello a la doctrina de la ficción 97
3.1. La existencia natural y civil del concebido 98
3.2. "Capacidad natural", "capacidad civil" y "existencia legal". Tres expresiones técnicas diversas 99
3.3. Los requisitos del nacimiento en *principios de derecho romano* 100
3.4. Las citas de fuentes del artículo 74 100
3.5. El uso del verbo "reputar" 101
3.6. Adaptación del derecho vigente a la técnica codificadora 101
4. La doctrina de la ficción en la codificación comparada 103
4.1. La adquisición de la capacidad jurídica por el nacimiento: *BGB y* Código Civil italiano 103
4.2. Las equiparaciones específicas del Código Civil japonés 104
4.3. Análisis comparado del Código Civil chileno 105
II. EL GIRO DE LA DOCTRINA NACIONAL HACIA LA DOCTRINA DE LA FICCIÓN 105

www.librotecnia.cl

Página

1. La influencia de Claro Solar 105
2. El argumento *per rubricam* 109
III. INTENTOS DE REINTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 74 Y 77 DEL CÓDIGO CIVIL 110
1. Los antecedentes de inicios del siglo XX 110
2. El carácter meramente patrimonial del artículo 74 en la civilística chilena contemporánea 111
IV. CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS DE LA ADHESIÓN A LA PARIDAD O A LA FICCIÓN 111
1. Consecuencias patrimoniales 112
2. Consecuencias extrapatrimoniales 112
V. RECAPITULACIÓN 113

SEGUNDA PARTE
APLICACIÓN DOGMÁTICA DE LA REGLA DE LA VENTAJA EN EL DERECHO CIVIL CHILENO

CAPÍTULO PRIMERO
LA PLAUSIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD DEL CONCEBIDO COMO CONTEXTO PARA LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE LA VENTAJA

I. EL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONA DEL OTRO COMO EXIGENCIA ÉTICA ELEMENTAL 117
1. La recíproca alteridad humana 118
2. Una definición antropológica previa 120
3. La ética de la responsabilidad 121
3.1. La objeción de la falacia naturalista 121
3.2. La objeción del neoevolucionismo 122
4. La regla de oro como principio de ética universal 123
4.1. Sus manifestaciones literarias en la Antigüedad 123
4.2. Sus manifestaciones jurídicas en la época Moderna 125
4.3. La regla de oro como imperativo para el reconocimiento de la persona de otro 126

www.librotecnia.cl

Página

II. EL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONA DEL OTRO COMO EXIGENCIA JURÍDICA 127
1. Todo ser humano es persona 127
1.1. Razones de teoría política 128
1.2. Razones consecuencialistas 129
2. La objeción del especieísmo y sus inconsistencias 130
2.1. Peter Singer y la disociación entre ser humano y persona 131
2.2. Inconsistencias del argumento de Singer 132
2.3. Reinhard Merkel y la "falacia de la falacia naturalista" 133
3. La objeción del *«Preembrión»*. Desuso del término en derecho comparado 134
3.1. El origen legal de la expresión 137
3.2. Su uso en España, Estados Unidos de Norteamérica e Inglaterra 139
3.3. Su desuso en el Derecho Continental, en países de tradición de *Common Law* y en Derecho Asiático .. 140
III. LA PERSONALIDAD DE *LEGE LATA* DEL CONCEBIDO EN EL DERECHO CHILENO 144
1. La personalidad del concebido bajo la óptica del derecho internacional de los derechos humanos 144
1.1. El reconocimiento de la personalidad jurídica 145
1.2. La igualdad ante la ley 149
1.3. El concebido en instrumentos internacionales de derechos humanos 152
a) La Convención Americana de Derechos Humanos 153
b) La Declaración de los Derechos del Niño 155
c) La Convención de los Derechos del Niño 155
d) La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos 156
2. La personalidad constitucional del concebido 157
2.1. La doctrina nacional 157
2.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional 159

www.librotecnia.cl

Página

2.3. La jurisprudencia de las Cortes 160
a) Caso Philippi Izquierdo, Sara y otros 160
b) Caso Vidaurre Campos, María Teresa 162
c) Caso Carabantes Cárcamo, Jorge 162
d) Caso Monje Rivera, Alda 163
3. El concebido en sede civil 164
3.1. El concebido y el estado civil de hijo 165
3.2. El concebido como titular de alimentos 165
3.3. La representación del concebido 167
3.4. El concebido como víctima en sede extracontractual 168
3.5. El concebido como beneficiario de una estipulación en favor de otro 172
4. Regulaciones especiales aplicables al concebido 175
4.1. El concebido como sujeto pasivo del delito de lesiones 175
4.2. El concebido en las normas laborales de protección de la maternidad 176
4.3. El concebido en la ley Nº 20.120 177
a) Ámbito de protección 177
b) Límites de la libertad de investigación 178
c) Prohibición de la eugenesia 179
d) Prohibición de la discriminación arbitraria basada en el patrimonio genético 180
e) Prohibición de la clonación 181
f) Prohibición de obtención de células troncales embrionarias 183
4.4. Las normas reglamentarias sobre certificación de defunción y sepultación del concebido 184
a) La certificación de defunción en el Reglamento de Hospitales y Clínicas 184
b) La sepultación en el Reglamento de Cementerios ... 185
4.5. La jurisprudencia administrativa respecto del concebido 186
a) La jurisprudencia contralora 186
b) La jurisprudencia de la Dirección del Trabajo 188

www.librotecnia.cl

Página

4.6. La consideración del concebido en el Código de Ética del Colegio Médico de Chile A.G. 189
IV. RECAPITULACIÓN 189

CAPÍTULO SEGUNDO
LA REGLA DE LA VENTAJA COMO TUTELA DEL CONCEBIDO

I. FUNCIÓN DE TUTELA SUBSIDIARIA A LA PERSONALIDAD DEL CONCEBIDO 192
1. Aun si no fuere persona, debe ser considerado como nacido para todo lo que le favorezca 192
2. Casuística de tutela subsidiaria 192
2.1. La actualidad del interés para la legitimación activa *ex* artículo 216 del Código Civil 192
2.2. El caso "Arias" del Tribunal Supremo Español 195
2.3. El caso de los herederos forzosos ante el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba 196
3. Compatibilización entre la personalidad del concebido y la regla que lo equipara al nacido sólo para lo favorable 198
II. FUNCIÓN DE TUTELA COMPLEMENTARIA DEL CONCEBIDO CUYA PERSONALIDAD SE RECONOCE 199
1. La regla impide la aplicación al concebido de relaciones jurídicas desfavorables 199
1.1. Significado de "en todo lo que le sea favorable" (*commodum*) 199
1.2. Situaciones que deben ser excluidas como desfavorables 200
2. La capacidad de goce del concebido 201
2.1. La capacidad de goce como concepto basilar 201
2.2. Las diferencias de contenido en la civilística chilena 203
3. La regla impone una capacidad de goce restringida sólo a las adquisiciones 205
3.1. La categoría de "capacidad jurídica parcial" como antecedente para la capacidad de goce parcial 205

www.librotecnia.cl

Página

3.2. Aramburo y la peculiaridad esencial de la capacidad de derecho del concebido 207
3.3. La graduación o diferenciación de la personalidad en el Mensaje del Código Civil chileno 208
4. Análisis problemático de posibles adquisiciones del concebido 209
4.1. Adquisiciones gravadas con impuestos 209
4.2. Derechos reales limitados: usufructo y fideicomiso 212
4.3. Derechos sujetos a gravámenes: El caso de la servidumbre pasiva 214
4.4. Afectación por medidas precautorias: El caso del embargo 214
4.5. La aceptación de una herencia con pasivo 215
5. La regla como atribución al concebido de un estatuto cualificado 216
5.1. Distinción entre el estatuto de persona y el estatuto cualificado 216
5.2. Aplicabilidad del estatuto del niño al concebido y protección de su interés superior 217
a) El interés superior del niño como regla de conflicto 218
b) El interés superior del niño como regla de contenido 219
c) El interés superior del niño como regla de interpretación en caso de duda 221
5.3. Aplicabilidad del estatuto del incapaz de ejercicio 223
a) Representación legal del concebido. Conflicto de intereses entre el concebido y su representante. 223
b) La suspensión de la prescripción que corre en contra del concebido 226
III. RECAPITULACIÓN 228

www.librotecnia.cl

Página

CAPÍTULO TERCERO
LA REGLA COMO CRITERIO DE SOLUCIÓN DE CASOS NO LEGISLADOS SOBRE BIOTECNOLOGÍA REPRODUCTIVA

I. DIFICULTADES PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS JURÍDICOS PLANTEADOS POR LA BIOTECNOLOGÍA REPRODUCTIVA 231
1. Falta de adecuación entre el derecho legislado y la invención de biotecnologías. El mito de Sísifo 232
2. Panorama de la inadecuación legislativa en derecho comparado 233
II. CARACTERÍSTICAS FAVORABLES DE LA REGLA PARA RESOLVER ESTOS CASOS 235
1. La regla posee la suficiente ductilidad para adaptarse a la casuística 236
2. La regla permite acceder a un parámetro cierto: la condición más favorable de un ya nacido que se encuentre en análoga situación 236
III. APLICACIÓN DE LA REGLA Y CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS 237
1. La valoración general de las biotecnologías reproductivas en humanos, a la luz de la regla de la ventaja. Aplicación de tutela subsidiaria 237
1.1. La dignidad como criterio de valoración jurídica de las biotecnologías reproductivas 237
a) Aproximación desde el modelo kantiano 238
b) Las corrientes utilitaristas son incompatibles con el carácter absoluto de la dignidad 239
c) Análisis simbólico de un arquetipo utilitarista 240
d) La jurisprudencia constitucional chilena sobre la dignidad 241
e) El precedente de la Corte Suprema de Costa Rica ... 242
1.2. El principo precautorio y su aplicación al caso 243
2. La "criopreservación embrionaria". Aplicación de tutela complementaria 246
2.1. La regla de la ventaja muestra la injusticia de la criopreservación 246

www.librotecnia.cl

Página

2.2. La criopreservación queda sustraída de la esfera de la representación 247
2.3. La criopreservación adolece de objeto ilícito por imposibilidad moral 248
2.4. La regla de la ventaja sugiere de *lege ferenda* la proscripción explícita de la criopreservación 248
2.5. El dilema de los embriones actualmente criopreservados 248
2.6. Justificación y reparos respecto del descongelamiento 249
2.7. Justificación y reparos a la continuación del ciclo vital 252
2.8. ¿Puede la regla de la ventaja junto con el principio del doble efecto justificar la adopción prenatal? 252
2.9. El carácter ilícito y dañoso de la criopreservación habilita el ejercicio de mecanismos de tutela preventiva 255
3. La reparación de daños a niños concebidos intencionalmente con limitaciones específicas 256
3.1. Lesión pos concepcional 257
3.2. Lesión concepcional 258
IV. RECAPITULACIÓN 260

CONCLUSIONES 263

BIBLIOGRAFÍA 271

www.librotecnia.cl