

# Artículo 75 del Código Civil de Chile: Sus fundamentos históricos

## *Article 75 of the Civil Code of Chile: Its historical Foundations*

**Patricio Carvajal Ramírez**

Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile.

Correo electrónico: carvajal@uc.cl. <https://orcid.org/0009-0004-7867-8337>

Recibido el 20/11/2024

Aceptado el 13/12/2024

Publicado el 19/12/2024

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2024.n45.03>

**RESUMEN:** El Código Civil establece, en su artículo 75, “La ley protege la vida del que está por nacer”: una disposición que, en su concisión, no resulta completamente clara en su sentido y alcance. Aparte del hecho de su ascenso a declaración constitucional, todavía en el campo del derecho civil es necesario revisar la historia de la norma para dejar en evidencia aquello que estuvo en la mente de codificador al momento de redactar y promulgar el precepto.

**PALABRAS CLAVE:** No nacido, nacimiento, persona, persona física, aborto, protección del niño.

**ABSTRACT:** Civil Code rules, in article 75, “Law protects life of the unborn one”: a provision that, due to its conciseness, is not enough clear about its sense and scope. Apart the fact that this clause has been ascended to the level of constitutional declaration, properly in the field of civil law controversies it is still necessary to research the history of the norm for revealing what was in the mind of the codifier when the precept was written and enacted.

**KEY WORDS:** Unborn one, birth, person, phisic person, abortion, child’s protection.

El Código Civil chileno, como todos sus contemporáneos, siguió el principio según el cual se entendía que la persona natural o física (la persona humana), comenzaba al momento de nacer, no al de ser concebida. Y así quedó asentado en el Libro Primero. “De las Personas”, Título 2°. “Del Principio y Fin de la Existencia de las Personas”, artículo 74:

“La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”.

Sin embargo, esta solución de política legislativa, que se remonta hasta la experiencia jurídica romana, en nada variaba la especialísima consideración hacia el concebido-no nacido (*nasciturus*), en las más diversas materias.

En efecto, la regla del inicio de la personalidad sólo desde el nacimiento tenía por finalidad principal la de dar certeza jurídica; especialmente, en las sucesiones por causa de muerte que involucraran (hijos) póstumos. Es decir, si intervenían asignatarios *mortis causa* concebidos al momento de la muerte del causante, pero nacidos después de ésta; los cuales se computaban entre los asignatarios previamente existentes sólo si efectivamente nacían, pero se omitían y no se les calculaba parte alguna en caso contrario.

Esta norma sobre el nacimiento, empero, no mermaba en nada la máxima protección y amparo para el *nasciturus* durante toda su gestación: desde la propia concepción hasta el nacimiento. De allí que ya la misma jurisprudencia romana acuñara la regla, también acogida por todos los códigos civiles modernos, según la cual *conceptus pro nato habetur*; es decir, que al concebido se le tiene por nacido y, por tanto, como persona natural ya existente, en todo aquello que le sea ventajoso.

Esta regla del *conceptus pro nato habetur* se extendía desde luego a las materias puramente hereditarias y civiles, en general, que en principio correspondían a la regla sobre el nacimiento que venía a contrapesar (como se señala, fundamentalmente, en el artículo 77 del Código Civil);<sup>1</sup> pero llegaba incluso al ámbito penal, en el cual se defería todo castigo a la madre embarazada que pudiera resultar gravemente lesivo para el feto y, en términos amplios, se protegía la vida y salud de éste con notable esmero. Tal es la regla que quedó recibida por el Código de Bello inmediatamente a continuación de la regla del inicio de la persona con el nacimiento, en 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.

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

Por otra parte, es sabido que el Libro Primero, “De las Personas”, en el que se contienen todas estas disposiciones apenas fue presentado por don Andrés Bello en el Proyecto de 1853. Antes de esa épo-

---

<sup>1</sup> “Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 74, inciso 2°, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”.

ca, nuestro codificador sólo había entregado las partes que terminaron por dar cuerpo tanto al Libro Tercero, “De la Sucesión Por Causa de Muerte, y de las Donaciones entre Vivos”, como al Libro Cuarto, “De las Obligaciones en General y de los Contratos”.<sup>2</sup>

Pero, no obstante ello, la regla *conceptus pro nato habetur* estaba tan fuera de toda duda que ya se contemplaba con total claridad incluso en aquellos primeros esbozos de nuestra principal Ley común y general. De manera que es posible encontrarla palmariamente en los respectivos artículos 8 inciso tercero, tanto del Proyecto de Código Civil de 1841-1845,<sup>3</sup> como el de 1846-1847,<sup>4</sup> en que simplemente se repite la norma anterior:

| Proyecto 1841-1845  | Proyecto 1846-1847   |
|---|--|
| DE LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE<br>Título I.<br>Reglas Generales sobre la Sucesión<br>por Causa de Muerte  | LIBRO DE LA SUCESION POR<br>CAUSA DE MUERTE<br>Título I.<br>Reglas Generales   |
| Artículo 8  | Artículo 8   |
| <p><i>Es incapaz de suceder en una herencia o legado la persona que no existe natural i civilmente en el momento de deferirse dicha herencia o legado. Pero si se sucede por derecho de trasmision, con arreglo al artículo 5 de este título, bastará existir en el momento de deferirse la sucesion de la persona que trasmite.</i></p> <p><i>Se entiende existir aun el que solo está concebido, con tal que sobreviva a su nacimiento veinticuatro horas a lo ménos. <sup>(h)</sup></i></p> <p><i>I no se reputará haber existido en el momento de deferirse una herencia o legado el que naciere mas de trescientos dias despues de dicho momento. <sup>(i)</sup></i></p> | <p>Es incapaz de suceder en una herencia o legado la persona que no existe natural i civilmente en el momento de deferirse dicha herencia o legado.</p> <p>Pero, si se sucede por derecho de trasmision con arreglo al artículo 5 de este título, bastará existir en el momento de deferirse la sucesion de la persona que trasmite.</p> <p><i>Se entiende existir aun el que solo está concebido, con tal que sobreviva a su nacimiento veinticuatro horas a lo ménos.</i></p> <p>I no se reputará haber existido en el momento de deferirse una herencia o legado el que naciere mas de trescientos dias despues de dicho momento.</p> |

<sup>2</sup> El llamado *primer proyecto de código civil*, que se encontró entre los papeles de don Mariano Egaña Fabres (m. 1846), tiene sólo un índice de un libro de las personas que no corresponde a un verdadero proyecto, sino sólo a la traducción del índice del respectivo libro en el Código Francés, encomendada por la Comisión a Ramón Luis Irarrázaval. El propio Irarrázaval había quedado encargado de redactar la materia que nos ocupa, bajo el título de su índice: “*del goce i privación de los derechos civiles*”, por acuerdo de la comisión del 12 de febrero de 1841, que distribuyó los cuatro primeros títulos entre los cuatro comisionados; pero ni él cumplió con su parte del encargo ni los restantes comisionados con los títulos que les correspondían. Irarrázaval renunció a la comisión el 20 de octubre de 1841 (siendo reemplazado por don Manuel José Cerda). Cfr. GUZMÁN (1978), pp. 14-17, 105 y 106.

<sup>3</sup> AMUNÁTEGUI (1887), pp. 9 y 10.

<sup>4</sup> AMUNÁTEGUI (1887), p. 317.

(h) Nuestras leyes exigen además que nazca todo vivo i con figura humana, i que haya sido bautizado. Lo primero pudiera dar lugar a cuestiones de historia natural i de fisiología, que, aun con el auxilio de estas ciencias, no sería fácil resolver; lo segundo está sujeto a inconvenientes aun mas graves. Pudiera, por ejemplo, morir el niño inopinadamente, i una omisión inculpable irrogaría perjuicio aun a personas que no hubiesen tenido parte en ella. Este requisito propendería además a extender i perpetuar la práctica anticanónica del bautismo administrado por legos, que es demasiado comun en Chile.

(i) Véase Llámás, comentario a la lei 13 de Toro, n. 9 i siguientes.

En lugar de diez meses, se ha puesto trescientos días, porque diez meses es un número de días variable.

No es imposible el nacimiento en el oncenno mes, según algunos autores. Pero los hechos en que se apoyan son sumamente falibles, i ocurriendo rarísima vez, hai siempre contra cada uno de ellos una inmensa probabilidad, que difícilmente podría contrapesarse por las presunciones favorables, cualesquiera que fuesen.

Como se dijo, aunque la cuestión aquí esté obviamente restringida a la materia sucesoria, es fácil observar que estas disposiciones demuestran un cabal conocimiento de la materia y la adopción clara de una posición determinada respecto de la regla *conceptus pro nato habetur* –considerando que el codificador incluso fundamenta sus disposiciones en eficaces notas al pie–.<sup>5</sup>

Es indudable que ya aquí se encuentran los núcleos de la materia que tratamos. Pues, en efecto, en sendos artículos 8, incisos 2 y 3, Bello ya aborda las cuestiones relativas al “concepto de nacimiento y a la presunción de concepción” que serán tratadas después, en su sede propia, dentro del Proyecto de 1853 y del propio Código Civil. Y avala tal aserto la propia circunstancia de que el concepto de nacimiento haya sido posteriormente modificado, por la vía de eliminarse las 24 horas de sobrevivencia a la separación del niño respecto de la madre aquí prevista; y, asimismo, de que la presunción sobre el momento de la concepción termine estableciéndose en términos mucho más completos que los presentes. Porque esto puede considerarse un signo de continuidad en la génesis y acomodo normal de estas disposiciones en el curso de la formación de nuestro Código Civil.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Parece que estas reglas generales del artículo 8 del Proyecto de 1841-1845, ya estaban mucho antes redactadas, en el Proyecto atribuido a Egaña (pero que se ha demostrado que pertenecía a Bello), en el Libro Primero, artículo 9° inciso final. Pero lamentablemente este manuscrito se encuentra perdido. Cfr. GUZMÁN (1978), pp. 19 y 106, n. 192.

<sup>6</sup> GUZMÁN (1978), p. 106.

Lo que hemos dicho hasta aquí, sobre que en estos proyectos de 1841-1845, y 1845-1847 existe una continuidad con la materia tratada, acaso pueda abonarse aún más recordando en primer lugar, brevemente, la génesis del artículo 77 del Código Civil.

Para ello, aquí es útil acudir a uno de los manuscritos de don Andrés Bello (que se encuentran digitalizados por el Fondo Bello de la Biblioteca de la Universidad de Chile, y disponibles para el público por internet), donde se observa las mudanzas operadas al Proyecto de 1853 en cuanto a esta última disposición, antes de que este fuera formalmente entregado por Bello para su crítica. Y luego contrastar esto con el propio Proyecto de Código Civil de 1853,<sup>7</sup> el llamado Proyecto Inédito,<sup>8</sup> el llamado Proyecto Oficial y, por último, la Edición Auténtica del Código Civil,<sup>9</sup> que preparó don Andrés Bello.

| Manuscrito Proyecto 1853   | Proyecto de 1853  | Proyecto Inédito  | Proyecto de 1855  | Código Auténtico  |
|--|---|---|---|---|
| Libro Primero.<br>De las Personas<br>Título 2. Del Principio i Fin de la Existencia de las Personas<br>§ 1. Del principio de la existencia de las personas   |   |   |   |   |
| Artículo 4   | Artículo 79   | Artículo 79   | Artículo 77   | Artículo 77   |
| Los derechos que <del>[corresponderían]</del> <se diferirían> a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido i viviese, estarán suspensos hasta que + [el nacimiento —se efectúe (a)]. I si el nacimiento no se efectuar[e] <del>[con los requisitos legales]</del> <del modo dicho en el artículo 1.º> se procederá como | Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido i viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. I si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si | Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido i viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. I si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si | Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido i viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. I si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si | Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido i viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. I si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si |

<sup>7</sup> AMUNÁTEGUI (1888), p. 25.

<sup>8</sup> AMUNÁTEGUI (1889), pp. 19 y 20.

<sup>9</sup> BELLO (1856), p. 20. La edición oficial o auténtica del Código Civil es la edición correcta y esmerada que se encomendó por ley, y cuyo encargo recayó en el propio Bello, una vez aprobado a libro cerrado el Proyecto de 1855 en virtud de la ley de 14 de diciembre de 1855, y que vio la luz en mayo de 1856. Véase AMUNÁTEGUI (1885), pp. 12 y 13.

|  |   |  |  |  |
|--|---|--|--|--|
| <p>si la criatura no hubiese existido jamas. I si [nace del modo dicho] &lt;se cumplen dichos requisitos&gt;, se entenderá que ha existido desde el &lt;primer&gt; momento [<del>de—la concepción</del>] &lt;en que,+&gt; &lt;; pero la edad se contara &lt;siempre&gt; desde la media noche subsiguiente al nacimiento&gt;.</p>   | <p>hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 76, inciso 2, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamas existido.</p> | <p>hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 76, inciso 2. °, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamas existido.</p> | <p>hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 74 inciso 2. ° pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.</p> | <p>hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 74, inc. 2. °, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.</p> |
| <p>+ [<del>principie—la existencia—legal.</del>] el nacimiento se efectúe. I si el nacimiento constituye un principio de existencia, [<del>se la—mirará—como existente (¿?)</del>] &lt;el recién nacido&gt; entrará en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. Si el caso de [<del>inciso 2.º</del>] artículo 1. inciso 2.º pasarán estos + [<del>según—la regla del artículo 3.</del>] [<del>La exigencia de ser posible la concepción; pudo ser—concebida; i—que—esta(¿?) no—salga—[haber causa(¿?)—de los limites prefijados en—el—artículo precedente;</del>]</p> |   |  |  |  |

|   |   |  |  |  |
|---|---|--|--|--|
| <p>+ derechos a [ta que de—haber] otras personas, como si la criatura no hubiese jamas existido. (a)</p>                |   |  |  |  |
| <p>(a) L. 26 <u>de statu hom.</u> – L. 3 <u>si pars hered.</u> – L. 7 <u>de rebus dub.</u> – L. 36 <u>de solut.</u></p> | <p>Artículo 79. L. 26 <u>de statu hom.</u>–L. 3 <u>Si pars hered.</u>–L. 7 <u>de rebus dub.</u>–L. 36 <u>de solution.</u></p> |  |  |  |

Como se puede observar, Bello sólo tuvo dudas estilísticas en la redacción del precepto relativo a la regla del nacimiento. Y en este marco destaca ya, como en los primeros proyectos sobre sucesión por causa de muerte, que la concepción era en realidad el momento que se tenía en consideración en todo aquello que fuera ventajoso para el feto. Para Bello, en realidad, no había dudas sustanciales en una materia que él fundaba, como se aprecia en las notas al pie, invariablemente en una misma jurisprudencia romana.

Por otro lado, para comprender cabalmente cómo se articula aquí este sistema de fuentes y el espíritu de nuestra Norma Común, es necesario dar ahora un salto en el tiempo, para recordar los Principios del Derecho Romano según el Orden de las Instituciones de Justiniano. Se trata de un libro escrito contemporáneamente a la elaboración del Código Civil y después de su promulgación, en el cual don Andrés Bello se dio a la tarea (que lamentablemente quedó inconclusa), de elaborar un nuevo texto de Derecho Romano para las aulas chilenas. Esta obra representa acaso la más preciada muestra del pensamiento jurídico maduro del codificador en el ámbito del Derecho Privado y, ciertamente, podría tenérsela en buena medida como una interpretación “auténtica” de las doctrinas que Bello plasmó en nuestro Código Civil. Respecto de nuestra materia, señala en su Libro Primero, Título III, apartado 4:<sup>10</sup> “[...] La capacidad natural principia con el nacimiento completo, pero antes del nacimiento transcurre un tiempo en que el niño vive ya, aunque su vida está ligada a la de la madre. Hay textos que dicen formalmente que durante la gestación el niño no tiene existencia propia, y debe considerarse como una parte de la madre (l. 9 § 1 ad leg. Falcid, l. I § 1 de insp. ventre); otros textos lo asemejan al niño nacido (l. 26 de statu hom., l. 231 de V. S.); de donde el principio moderno *Nasciturus habetur pro nato*. Este segundo concepto es una ficción que se aplica dentro de límites estrechos específicamente determinados. Al no nacido se supone existente en derecho *cum de ipsius jure quaeritur, aliis autem non prodest, nisi natus sit*, (dicta l. 231). Carece de toda capacidad, puesto que no puede tener propiedad, ni créditos, ni deudas; no se le da tutor; no se llama pupilo. Pero en consideración a la vida de que se espera ha de gozar, se le protege por leyes penales contra la madre que se hace abortar, y contra los cómplices de este delito; se le protege por leyes de policía (como la ley regia, que ordena la extracción del feto después de la muerte de una mujer preñada, y como las leyes que más tarde ordenaron diferir hasta después del parto el suplicio

<sup>10</sup> AMUNÁTEGUI (1981), pp. 317 y 318.

de la preñada o la aplicación del tormento); y relativamente a los derechos futuros del niño se prescriben las reglas siguientes:

1ª El estado de un niño procreado en legítimo matrimonio se determina por la época de la concepción; por lo que, si la madre durante la gestación, pierde la libertad o la ciudadanía, el niño, sin embargo, nace ciudadano romano y bajo la potestad del padre; (l. 18, 26, de statu hominum); y el hijo legítimo de un senador goza de todos los privilegios de tal, aunque durante la gestación muera el padre o pierda su dignidad; (l. 7 § 1, de senatoribus). Al contrario, el estado del hijo procreado fuera de legítimo matrimonio se determina por la época del nacimiento; (Cajus, I, 89-91); bien que en favor de la libertad se estableció desde muy temprano, que el niño naciese libre, si lo había sido la madre al tiempo de la concepción, o del parto, o en cualquier momento intermedio; (pr. I de ingenuis).

2ª Si durante la preñez se abre un derecho a que el niño sería llamado si hubiese nacido y viviese, se le reserva hasta su nacimiento; (l. 26 de statu hom.; l. 3 si pars her., l. 7 pr. de rebus dub.; l. 36 de solutione). El pretor instituyó a este efecto una bonorum possessio ventris nomine, que permite tomar en los bienes de la sucesión, sin cargo de restitución, las cosas necesarias a la manutención de la madre, como indispensable a la del hijo; y manda se nombre curador al vientre y a los bienes (tit. de ventre in possess. mitt., l. 20 de tutor. et cur.) y como se ignora si nacerá uno o más hijos, se supone provisoriamente que nacerán tres; pero verificado el parto, se distribuyen los bienes según el número de herederos vivos: (l. 3, 4, si pars; l. 7 pr. de rebus dub.; l. 36 de solutione)".

De aquí se puede extraer mucha información importante del pensamiento de nuestro codificador sobre la regla *conceptus pro nato habetur –o, lo mismo, nasciturus habetur pro nato–*. No es aquí necesario entrar a la cuestión romanística de la interpretación de sus fuentes. Ya el propio Bello señala la antinomia (hoy tildada más de aparente que de real entre los especialistas, en cualquier caso), entre unos textos romanos que no darían existencia autónoma al niño antes del nacimiento y otros que sí “lo asemejan al niño nacido”; indicando de inmediato que es de estos últimos de donde se extrae “el principio moderno *Nasciturus habetur pro nato*”. Por tanto, no hay duda de lo que él estima vigente para el derecho contenido en su código civil: el concebido es un niño que tiene una existencia independiente de la madre, y es por ello que se le tiene por nacido para ciertos efectos civiles. Ahora bien, encuadrado el asunto en el puro ámbito del Derecho Privado al que Bello lo reconduce, resulta que el comienzo de la existencia de la persona se produce con el nacimiento; dándose lugar a una regla general que no debate la biología ni la antropología –como se desprende del contexto que hemos citado–, sino la cuestión puramente técnica de su capacidad jurídica: el *nasciturus* “Carece de toda capacidad, puesto que no puede tener propiedad, ni créditos, ni deudas; no se le da tutor; no se llama pupilo”. Y es aquí, en este margen, que Bello ha declarado que este segundo concepto (sc. al niño en gestación lo asemejan al niño nacido) es una ficción que se aplica dentro de límites estrechos específicamente determinados. La “ficción” es un término que se usa sólo por coherencia interna, técnica, respecto de lo que se ha declarado como regla general (que el nacimiento determina el comienzo de existencia de la persona), y no por denotar cierta ontología. Dicho, en otros términos: la regla jurídica general, para materias civiles, es que la persona humana comience con el nacimiento, como se ha explicado; y la excepción, o, en este sentido, la “ficción”, consistiría en suponerle capacidad a quien se había optado, por política legislativa, por tenerle por inexistente. De modo que en el caso excepcional se tiene al

concebido por capaz (la capacidad o falta de ella es el verdadero eje de la cuestión), para, en los casos en que precisamente la existencia real –como concepto biológico y antropológico–, hagan más justo considerar en *derecho* que el *nasciturus* goza de los mismos derechos adquiridos que de otra forma, según la regla general, no le aprovecharían sino hasta que efectivamente naciera (“Al no nacido se supone existente en derecho” *cum de ipsius jure quaeritur, aliis autem non prodest, nisi natus sit*). Es por esto mismo que Bello, al ampliar el foco más allá del Derecho Privado, señala sin temor a entrar en contradicción alguna que “en consideración a la vida de que se espera ha de gozar, se le protege por leyes penales contra la madre que se hace abortar, y contra los cómplices de este delito”.

Debe notarse una cuestión que se observa rápidamente en la exposición de Bello. Al explicar éste la noción *nasciturus pro nato habetur* en el Derecho Privado, dice que tratándose de los “derechos futuros del niño” (y no duda en referirse al *nasciturus* como un “niño”), podría formularse una primera regla en el sentido de que “El estado de un niño procreado en legítimo matrimonio se determina por la época de la concepción”, “Al contrario, el estado del hijo procreado fuera de legítimo matrimonio se determina por la época del nacimiento”. Si hay algo históricamente cierto, es que la protección del niño concebido fue, *grosso modo*, un privilegio de hijos matrimoniales; mientras la (des)protección de los hijos no matrimoniales se traducía, entre otras cosas, en que se les protegiera sólo a partir del nacimiento. Más allá de las cuestiones de organización político-social que explican esta diferencia entre los diversos tipos de hijos, es cierto que, respecto del hijo no matrimonial, no solía preocupar materias hereditarias, de alimentos o de otro tipo, que requirieran atender a su existencia desde la concepción. Por tanto, cuando se debate sobre la conservación de los resguardos jurídicos que protegen al niño concebido, el centro de gravitación reposa en si aceptamos o no que tales resguardos, históricamente privilegio de los hijos matrimoniales, son dignos de ampliarse y extenderse hoy a todo niño, incluidos los no matrimoniales. Y no puede dejar de notarse que no pareciera justo que, en el actual estado de desarrollo social y jurídico, se siga negando esta protección por la vía de mermarla para toda clase de hijos concebidos y todavía no nacidos, matrimoniales y no matrimoniales.

Volviendo a la cuestión de la formación del artículo 75 del Código Civil, se debe destacar que los criterios fundantes de la regla que éste contiene (*conceptus pro nato habetur*), jamás fueron cuestionados en ninguna etapa del larguísimo tránsito de su elaboración, sino que simplemente se profundizaron: ni a Bello ni a miembro alguno de las comisiones por cuyas manos pasaron los Proyectos de Código Civil.

Observemos lo que se señala el Proyecto de Código Civil de 1853,<sup>11</sup> en el llamado *Inédito*<sup>12</sup> y en el llamado *Oficial*,<sup>13</sup> donde nuestra disposición ya adopta el número 75 definitivo, que es también la numeración que se conserva en la *Edición Auténtica* del Código Civil,<sup>14</sup> preparada también por don Andrés Bello.

---

<sup>11</sup> AMUNÁTEGUI (1888), pp. 24 y 25.

<sup>12</sup> AMUNÁTEGUI (1889), p. 19.

<sup>13</sup> BELLO (1855), p. 20.

<sup>14</sup> BELLO (1856), pp. 19 y 20.

| Proyecto 1853  | Proyecto Inédito  | Proyecto Auténtico  | Código Civil Auténtico  |
|--|---|---|---|
| Artículo 77  | Artículo 77   | Artículo 75   | Artículo 75   |
| La lei 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 peligrará. Todo castigo de la madre por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento. | La lei 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 peligrará. Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento. | La lei 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 peligrará. Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento. | La lei 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 peligrará. Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento. |
| Artículo 77. L. 3, tít. 23, P. IV. –L. 11, tít. 31, P. VII   |   |   |   |

La continuidad en la redacción del texto es muy notable, y habla de la falta de dudas en su contenido a la que ya hemos aludido. Sólo podemos aquí apuntar que, durante el trámite de análisis del Proyecto de 1853, la Corte de Apelaciones de La Serena propuso una redacción más ilustrativa del ámbito de eficacia del artículo, si bien ella no alteraba en nada la sustancia del texto ni le añadía contenido alguno. Dijo la Corte: “Convendría expresar también, que la ley protege la vida y los derechos del que está por nacer”. Pero, como aclara Mery:<sup>15</sup> “La Comisión mantuvo el artículo sin introducirle la modificación propuesta”, pues seguramente consideró el cambio innecesario.

Se debe por supuesto, destacar también la continuidad de la disposición con el derecho vigente en nuestro país hasta 1857, y que en este caso está representado por las Siete Partidas que Bello cita puntualmente en su Proyecto de Código Civil de 1853. El texto hispánico abre la puerta, en cualquier caso, a todo el derecho romano y medieval que el propio Bello ya explicó debidamente y de forma magistralmente sintética en sus Principios del Derecho Romano según el Orden de las Instituciones de Justiniano. Se trata de P. 4.23.2; 7.31.11.

<sup>15</sup> Cfr. MERY (1956), p. 55.

P. 4.23.2:

En que estado, e de que condicion es la criatura, mientras que sea en el vientre de su madre.

Demientra que estouiere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga, o se diga, a pro della (6), aprouechase ende, bien assi como si fuesse nascida; mas lo que fuesse dicho, o fecho a daño de su persona, o de sus cosas, non le empesce. E por ende, si el señor de alguna sierua preñada mandasse a su heredero, o diesse poder a otro, que la aforrasse a cierto plazo, si el otro non la fiziesse libre aquel dia que el mando, estando esperando maliciosamente que nasciesse aquella criatura, porque fuesse sierua; dixeron los Sabios antiguos que fizieron las leyes (7), que desde el dia del plazo en adelante son libres, tambien la madre, como la criatura que della nasciesse. E avn dixeron (8), que si alguna muger preñada ouiesse fecho cosa porque deuiesse morir, que la criatura que nasciere della deue ser libre de la pena. E porende deuen guardar la madre fasta que para, assi como diximos en la septima Partida en el Titulo de las penas (9).

(6) Añad. l. 7. D. de statu hom. y si por alguna particular circunstancia le conviniere mas al póstumo que se atienda al tiempo del parto que al de la concepcion, se deberá atender al primero, l. 11. C. de natur. liber. y Bald. allí, Juan de Plat. á la l. 11. C. de dignitat. y añad. á Bald. §. naturales, si de feud. fuer. controuv. inter dom. et agnat. y l. 18. D. quand. dies legat. ced.; pudiéndose inferir de lá presente ley que la posesion, que por la ley de Toro pasa al inmediato sucesor al mayorazgo, se deberá entender en favor del feto cuando hubiese quedado en cinta la madre de aquel al morir el poseedor, pues que en esta materia se trata de la utilidad del mismo, y hace al caso la l. 30. §. 1. D. de acquir. haeredit.; y la razon en que esta se funda, ó sea la de que un tercero no puede adquirir la posesion cuando otro está entrando en ella, mira aqui en favor del feto, por quanto se considera para dicho efecto como ya nacido: y si bien, antes que nazca, no puede llamarse sucesor al mayorazgo, al efecto de poder decir que suceda antes de nacer, como quiere Alber. despues de Jac. de Raven. á la l. 6. princ. D. de stat. hom. y lo prueba tambien la l. ult. D. de ventr. inspic. en la que se presupone que la circunstancia de estar todavía en el vientre el hijo del heredero gravado de restitucion para el caso de morir sin hijos no hace que se entienda llamado el sustituto; con todo, no dejaria dicho póstumo de adquirir la espresada posesion civilísima; porque el tiempo de su nacimiento se retrotraeria al en que estaba en el vientre. V. lo que notan la glos. y Barticulo á la l. 2. D. de ventr. inspic. y ¿se entenderia que han de producir efecto respecto del póstumo los actos y procedimientos verificados en un juicio que se hubiese comenzado con el difunto? esto es mas dudoso; porque ya no se trataria entonces de la utilidad del primero. Es menester, sin embargo, reflexionar sobre el particular.

P. 7.31.11:

Como deuen los Judgadores justiciar los omes manifestamente, e non en escondido: e que los deuen dar a sus parientes, despues que fueren justiciados.

Paladinamente (79) deue ser fecha la justicia de aquellos que ouieren fecho por que deuan morir, porque los otros que lo vieren, e lo oyeren, resciban ende miedo, e escarmiento; diziendo el Alcalde, o el Pregonero (80) ante las gentes, los yerros por que los matan. E desde que la justicia fuere fecha, e complida en ellos, e la ouieren visto los omes, e fueren ya muertos los justiciados, si los pidieren sus parientes, o omes Religiosos, o otros qualesquier, deuengelos otorgar (81), porque los sotierren. Otrosi dezimos, que si alguna muger preñada (82) fiziere porque deue morir, que la non deuen matar fasta que sea parida. Ca, si el fijo, que es nascido, non deue rescebir pena por el yerro del padre, mucho menos la meresce el que esta en el vientre, por el yerro de su madre. E porende, si alguno contra esto fiziere, justiciando a sabiendas muger preñada, deue rescebir tal pena, como aquel que a tuerto mata a otro.

(79) Aliad. 1, 5. tit. 27. Partículo 3. con lo dicho allí.

(80) De esta ley tomó origen la práctica de que preceda el pregonero á los reos llevados al suplicio espresando el motivo de su condena; pero en los dias de fiesta no debe oirse esta triste voz: l. ult. C. de feriis.

(81) Concuerd. l. 1. y ult. D. de cadaver. punitor.

(82) Aliad. 1. 3. D. de peen. donde veas. á Bartículo y dice allí Bald. que procederá esta doctrina aun cuando resultase embarazada en la cárcel, por mas que diga en contrario Bald. en la 1. 2. D. de excus. tut. al fin, y, Juan de Plat. en la 1. 7. C. de excus. muger.; advirtiéndose ademas que debe suspenderse la ejecucion de un reo condenado á muerte, para que pueda dar cuenta de alguna administracion, sobre lo cual veas. á Bartículo en la 1. 2. S. 1. D. de custod. reor. donde habla de cuando el reo fuese acusado de algun crimen atroz, sobre lo cual veas, al mismo autor en' la 1. 6. al princ. D. de peen. ¿Deberá suspenderse la ejecucion para descubrir la certeza de algun otro delito? Veas. á Bartículo en la 1. 5. D. de public. judic. y á Ales. lug. j cit. que dicen proceder esta suspension si el juez la creyese justa y de otra parte no resultase injuriosa á tercero. Sobre estos y otros casos en los cuales debe suspenderse la ejecucion de la sentencia, veas. á Hipolit. in practica, S. opportune', col. 1. y 2. -\*En los títulos anteriores de esta Partida se señala la pena legal que por cada delito corresponde, ó en su defecto se concede la autorizacion al juez para imponerla mas ó menos grave, segun le dictare su ilustración y justificado arbitrio. En este lugar, pues, ya que no debemos reproducir las ideas manifestadas, nos limitaremos á hablar de las penas en general, dejando á nuestros lectores el cuidado de aplicar las doctrinas que vamos á esponer á los casos particulares que, ocurran.

Hasta aquí, el tema fundamental (si bien no único), es el deber de diferir la aplicación de penas a la madre para proteger la vida del hijo. Pero se debe hacer una prevención más en materia de las notas hechas por el codificador. Lo cierto es que para Bello estas eran de vital importancia para la comprensión del texto, al punto de que se dio cuenta de que los cambios operados al Proyecto de 1853, en que él las había añadido, hacían necesario dotar al Código Civil, en su forma definitiva, de un nuevo aparato de estas notas. En consecuencia, inició esta tarea, aunque fue incapaz de concluirla por la falta de fuerzas, dada su edad y la multitud de ocupaciones que tenía. Sin embargo, conocemos lo que alcanzó a hacer, hasta el artículo 78;<sup>16</sup> de modo que contamos con sus notas para nuestro artículo 75. En ellas se apunta: “Leyes 2, título 30; y 11, título 31, Partida 7”.<sup>17</sup> Así es que, aunque no varíe el texto del Proyecto de 1853 al Código Civil Auténtico, Bello sí sintió la necesidad de variar las notas; pues antes, en el Proyecto, había señalado P. 4.23.2 y P. 7.31.11, en cambio aquí mantuvo sólo el reclamo a P. 7.31.11, añadió P. 7.30.2 y excluyó la P. 4.23.4.<sup>18</sup>

La mencionada P. 7.30.2, reza:

*Quien puede mandar atormentar, e en que tiempo, e quales.*

*Tormentar los presos non deue ninguno sin mandamiento de los Judgadores ordinarios (4) que han poder de fázer justicia. E aun los Judgadores non les deuen tormentar luego que sean acusados, a menos de saber ante presunciones, o sospechas (5) ciertas, de los yerros sobre que fueron presos. Otrosi dezimos, que non deuen meter a tormento, a ninguno que sea menor de catorze años (6), nin a Cavallero (7),*

<sup>16</sup> AMUNÁTEGUI (1885), pp. 13, 14 y 137.

<sup>17</sup> AMUNÁTEGUI (1885), p. 144.

<sup>18</sup> LIRA (1981), p. 76.

(d) nin a Maestro de las leyes, o de otro saber (8), nin a ome que fuesse Consejero (9) señaladamente del Rey, o del Comun de alguna Ciudad, o Villa del (e) Rey, nin a los fijos (10.) destos sobredichos, seyendo los fijos de buena fama, nin a muger que fuesse preñada (11), fasta que para; maguer que fallen señaladas sospechas contra ellos. Esto es, por la honrra de la sciencia; e por la nobleza que ha en si ; e a la muger, por razon de la criatura que tiene en el vientre, que non merece mal. Pero dezimos, que si alguno de los Consejeros sobredichos ouiesse seydo Escrivano del Rey, o de algun Concejo, e le acusassen despues de alguna carta falsa (12), que ouiesse fecha ante que llegasse a la honrra (13) de ser Consejero, que bien lo pueden poner a tormento para saber verdad, si es assi aquello de que le acusan, o non; si fuere fallada sospecha contra el.

(11) Añad. 1. 3. D. de pernis, y 1. 18. D. de stat. hómin. Ang. Aret. en el cit. vers. 6. quicero: tampoco deben ser atormentadas las mugeres en los cuarenta días siguientes al parto, por el estado de debilidad en que entonces se hallan, segun Bart en la cit. 1. 3. y Bald. en la cit. 1. 18.: igualmente deberá suspenderse el tormento si no se hallase una nodriza para la criatura, cuando la muger sufrido aquel quedase inhábil para criarla; así Bald. en la cit. 1. 18.

Lo cierto es que la nueva cita también se refiere a la exclusión de la aplicación de penas a la madre que puedan dañar al *nasciturus*. Sin embargo, acaso la explicación para ofrecer este nuevo texto se deba a que él contenga la expresiva frase: “*por razon de la criatura que tiene en el vientre, que non merece mal*”; lo cual parece coincidir con el marcado acento en el mismo punto que se encontraba en su libro inconcluso de Derecho Romano, el cual indicaba: “*Pero en consideración a la vida de que se espera ha de gozar, se le protege por leyes penales contra la madre que se hace abortar, y contra los cómplices de este delito*”. Y todo ello era, seguramente, el punto que preocupaba al codificador al comenzar su artículo 75 con una expresión completamente original suya: “*La ley protege la vida del que está por nacer*”.

En suma, de acuerdo con nuestro conocimiento acerca de la mente del codificador, se puede concluir que su innovadora disposición acerca de que “*La ley protege la vida del que está por nacer*” vino a añadir una esfera más a la protección del feto, por sobre la que ya estaba consolidada en el derecho castellano respecto de los daños que podría recibir producto de los castigos a la madre, que dice directa relación con que la ley también lo protege del daño que se le pueda ocasionar por el aborto; porque, dado que el que está por nacer “*no merece mal*” de ninguna especie, estimó necesario Bello, en consecuencia, introducir esta disposición para que también se lo protegiera “*por leyes penales contra la madre que se hace abortar, y contra los cómplices de este delito*”.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis (1885): *Don Andrés Bello y el Código Civil* (Santiago, Imprenta Cervantes).  
AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis (1887): *Obras Completas de don Andrés Bello* (Santiago, Impreso por Pedro G. Ramírez), vol. 11.  
AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis (1888): *Obras Completas de don Andrés Bello* (Santiago, Impreso por Pedro G. Ramírez), vol. 12.

- AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis (1889): *Obras Completas de don Andrés Bello* (Santiago, Impreso por Pedro G. Ramírez), vol. 13.
- AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis (1981): *Obras Completas de don Andrés Bello* (Caracas, Fundación la Casa de Bello), vol. 17.
- BELLO LÓPEZ, Andrés (1856): *Código Civil de la República de Chile* (Santiago, Imprenta Nacional).
- BELLO LÓPEZ, Andrés (1855): *Proyecto de Código Civil* (Santiago, Imprenta Nacional).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1978): *El 'Proyecto no completo de un Código Civil para Chile escrito por el Señor D. Mariano Egaña' (Primer Proyecto de Código Civil de Chile)* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LIRA URQUIETA, Pedro (1981): *Obras Completas de Andrés Bello* (Caracas, Fundación La Casa de Bello), vol. 14.
- MERY BERISSO, Rafael (1956): *El Código Civil de la República de Chile y los Tribunales de Justicia. Un capítulo desconocido de la historia de su redacción* (Santiago, Anales de la Universidad de Chile).

#### **Norma citada**

Código Civil de Chile, de 1855.