

LA NOCION DE PERSONA EN LA CONSTITUCION

(a propósito del que está por nacer)

EDUARDO SOTO KLOSS
Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Chile

El código civil chileno consagra en su artículo 55 una noción de persona según la cual ésta es todo individuo de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición (frase primera). Y en su artículo 74, inciso 1º dispone —dentro del Libro I (De las personas), título II (Del principio y fin de la existencia de las personas)— que “la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es al separarse completamente de su madre”¹; su inciso 2º prescribe que “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”.

Como se advierte, de acuerdo con ello, el que está en el vientre materno parecería que no tiene existencia legal como persona y, por ende, para el código civil no sería persona, pues sólo cumple con el concepto el que ha sido separado de la madre, esto es producido la sección del cordón umbilical que lo unía a ella.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 (11.3.1981), la disposición del artículo 74 (especialmente inciso 1º, para nuestro efecto aquí en este ensayo) ¿resiste la comparación de conformidad con ella? Si no la resiste, significa que tal precepto legal ha quedado tácitamente derogado por inconciliable o incompatible con la Carta Fundamental^{1bis}.

¹No es del caso entrar aquí en los antecedentes que habrían llevado a Bello a estampar en su código este precepto, ni a la visión filosófica que lo fundamentaría; ni en la contradicción que aparecería entre los arts. 55 y 74 citados, que llevan a la distinción entre seres humanos que son personas (55) y otros que no lo son (74) y en que más encima se dice que si mueren en el seno materno se reputan que no han existido, o sea, se les niega hasta la existencia ante el Derecho.

^{1bis}Con fecha 16.9.1992, la Excm. Corte Suprema ha declarado inconstitucionales dos preceptos del código civil, los arts. 559 inc. 2º y 561, referidos a la

¿Cuál es la noción que tiene la Constitución del que está por nacer?

1. Es un hecho que la noción de persona —nacido el término del arte teatral, griego o romano²— fue elaborada en el transcurso de las discusiones acerca de la divinidad/humanidad de Cristo, verdadero Dios y verdadero hombre, y en el concretarse el llamado “símbolo de la fe” o Credo, en los Concilios de los primeros siglos de la Iglesia naciente. Del misterio de Cristo y de la Trinidad Santísima emergerá cada vez con mayor precisión esta noción, gracias al esfuerzo intelectual de los denominados Padres de la Iglesia, especialmente griegos como San Juan Damasceno, San Basilio y San Gregorio de Nisa, y a la inspiración con que fueron asistidos por el Espíritu Santo.

San Agustín (*De Trinitate*) será también fundamental en este desarrollo, y será Boecio quien acuñará la devenida célebre noción de persona, que llegará a nuestros días (*rationalis naturae individua substantia*³). El esplendor medieval con el desarrollo de la teología llegará a las cumbres de Ricardo de San Víctor (*De Trinitate*) y sobre

posibilidad de disolver corporaciones de derecho privado sin fines de lucro el Presidente de la República, y traspasar sus bienes al Estado para entregarlos a entidades afines. Tal atribución ha quedado derogada por la Constitución, que no confiere al Presidente tal potestad sino a los Tribunales de Justicia (art. 19 N° 15) y para ser ejercida en un debido proceso (art. 19 N° 3 incisos 4° y 5°), además que la Constitución no prevé la sanción de confiscación de bienes salvo cuando se trate de asociaciones ilícitas declaradas como tal en el correspondiente debido proceso penal ante la jurisdicción (art. 19 N° 7 letra g). Para este interesantísimo caso, verdadero leading case, véase *Sociedad Benefactora y Educativa Dignidad*/recurso de inaplicabilidad, rol 16.868, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 89 (1992) 2.5 (N° 3) y nuestro comentario; también en Informe Constitucional (Santiago de Chile) Nos. 410, 415 y 418 (1992).

²Suele ser repetido que el término *prosopon* indica máscara que cubría el rostro de los actores en la tragedia y que permitía amplificar la voz (vid. v. gr. Ferrater Mora, *Diccionario filosófico*, o su *Diccionario filosófico abreviado*, voz “persona”; varias ediciones: en la 9a. de 1979, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, p. 328). El término latino *persona* derivaría del arte teatral en cuanto *personare* sería disfrazarse, o enmascararse, dentro de la misma perspectiva griega del teatro. F. de Castro y Bravo (*La persona jurídica*. Civitas. Madrid. 1981, pp. 137-144) también se refiere a los orígenes del término persona en cuanto derivado de fuentes romanas en especial.

³Y justamente en su obra contra Eustiquio y Nestorio, *Liber de persona et duabus naturis* (Cap. III Diferencia de naturaleza y persona), que trata acerca de la doble naturaleza y única persona de Cristo (en *Patrología Latina*, de Migne, tomo 64 (1847), p. 1345, columna 1).

todo de Santo Tomás de Aquino. El doctor Angélico se referirá al punto precisamente en su *De Trinitate*⁴, como también en su *Tratado del Verbo Encarnado*⁵.

Es, pues, en perspectiva cristiana y dentro de la más elevada especulación teológica acerca de Dios, uno y trino, y de la persona de Cristo, el Verbo Encarnado⁶, que se desarrolla la noción de persona, “lo más perfecto que hay en toda la naturaleza”, como dirá Santo Tomás⁷.

2. Aun cuando la Constitución no da un concepto o noción de persona, es muy clara su posición en cuanto considerarla como un ser dotado de cuerpo y espíritu, con necesidades materiales y espirituales, que es necesario satisfacer en la mayor medida de lo posible para asegurar su desarrollo y plenitud como persona, y que toca al Estado — que “está al servicio de la persona humana” (art. 1º inciso 4º frase primera)— contribuir a crear las condiciones sociales para ello, promoviendo el bien común con pleno respeto de los derechos de las personas (disposición citada).

Pues bien, aun cuando no expresa la Constitución —como decíamos— una noción de persona⁸, sin embargo se encarga muy precisamente de reconocer que quien está por nacer es una persona; en otros términos, la criatura humana que está en el vientre materno es una persona⁹.

⁴*Suma teológica*, Primera parte, q. 27 a 43, y específicamente “de las personas divinas” q. 29 a 43).

⁵*Suma cit.* Tercera parte, q. 1 a 26, espec. en la q. 2.

⁶Que no tuvo en menos, siendo de condición divina, asumir la naturaleza humana, haciéndose así en todo igual a nosotros, excepto en el pecado, como dirá San Pablo de modo tan hermoso al predicar a Cristo (vid. sus *Cartas a los filipenses* 2,5-7 y a los *hebreos* 4, 15).

⁷*Suma cit.* 1.29.3.

⁸No hemos encontrado en las *Actas de las Sesiones de la Comisión Constituyente* esa noción o conceptualización, si bien hay referencias al tema al tratarse de la elaboración del precepto referente al derecho a la vida e integridad física y síquica (art. 19 Nº 1 actual); sobre el punto puede verse G. Fiamma, *El derecho a la vida. Antecedentes en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, en *Revista de Derecho Público* 27 (1980) 223-248; y también E. Evans, *Los derechos constitucionales* (2 vols.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, vol. 1, pp. 99-170 (en 109 a 170 se incluyen sesiones 84, 87, 89, 90, 93 y 94 (noviembre y diciembre de 1974) pero no contiene las sesiones posteriores —en general 400 adelante— donde se revisa el texto preparado y se ultima su redacción, texto que será aprobado en plebiscito/11.9.1980 por mayoría absoluta de la ciudadanía, y publicado el 24.10.1980).

⁹“Creatura que estoviere en el vientre de su madre” decían las *Partidas* (*Partida Cuarta*, 23.3).

No debe olvidarse que nuestra Constitución asegura en su artículo 19 a todas las *personas* los derechos que va reconociendo en sus 26 números, sin perjuicio de otros y que se engloban en su artículo 5º inciso 2º como aquellos “que emanan de la naturaleza humana”. Desde que en su Nº 1, el primero de todos, asegura el derecho a la vida, esto es a vivir, aparece evidente que “el que está por nacer” (inciso 2º del Nº 1 referido) tiene ese derecho a vivir precisamente por ser persona, es decir, por ser un individuo de la especie humana.

El derecho a vivir comienza para el ser humano —jamás debe olvidarse— en las entrañas mismas de su madre; desde el mismísimo instante en que existe como individuo (aunque mida apenas un centímetro), esto es, desde su concepción ya posee su derecho a la vida, a crecer, a desarrollarse, a desplegar todas sus potencialidades, a nacer, dejando el santuario del claustro materno; desde su concepción misma posee ese ser humano el derecho a vivir, cuya primera manifestación se traduce en no ser impedida ni cercenada su existencia en el seno materno, y luego nacer, o sea seguir viviendo fuera de él¹⁰.

3. En efecto, la criatura humana que vive aún en el claustro materno —“templo de la vida”, según la bella expresión japonesa— es para la Constitución una persona; de ello no cabe duda alguna, según pasamos a demostrar.

El referido artículo 19 de la Constitución dispone en su encabezamiento que “La Constitución asegura a todas las personas” una serie de derechos y libertades que va enunciando y describiendo en sus 26 números; adviértase que asegura a *todas las personas*.

¹⁰Desde su concepción aparece para el hombre su derecho a la vida; “allí comienza, también, su lucha por la justicia”, dirá bellamente Ph. I. André Vincent, *Les droits de l'homme*, Paris, 1983, 33. Sí, porque “lo justo”, “lo debido” a esa criatura es permitirle vivir y luego nacer e impedir, en consecuencia, toda traba o intento asesino que pretenda eliminarla. “Una sociedad que legaliza el aborto —dirá Hervé Pasqua— ha perdido toda legitimidad. Institucionalizando el crimen revela claramente que el individuo no tiene ninguna importancia a sus ojos” (en “Juventud, don sin edad”, *El Mercurio*, Santiago de Chile, 6.12.1987, p. E-6 col. 2). Y es que el aborto es el amargo fruto de una cultura de la muerte (si se puede llamar a eso “cultura”), diabólico culto por la destrucción de lo más sagrado que es la vida humana. De allí también —por tratarse de un ser humano, de una persona— la intrínseca perversidad de la experimentación con los llamados *embriones*, pues no es sino una experimentación con seres humanos; tanto que se vituperó las experiencias nacional-socialistas (nazis) con seres humanos y hoy aquéllas aparecen como juego de niños si se las compara con las que hoy se realizan y en países que son los que más vociferan su (aparente, en verdad) adhesión al respeto de los derechos humanos (véase sobre bioética la magnífica obra del padre D.M. Basso, *Nacer y morir con dignidad. Bioética* (3ª ed.) Depalma/distribuidor, Buenos Aires, 1991).

Pues bien, en su N^o 1 inciso 1^o asegura “el derecho a la vida y a la integridad física y síquica de la persona”, y en su inciso 2^o asegura la vida del que está por nacer, con un encargo especial para el legislador a fin de que la ley proteja esa vida del que está en el claustro materno. Si bien se lee, lo que está asegurando el constituyente en la expresión dada por el texto fundamental es el derecho a nacer de quien individuo de la especie humana habita ese santuario de vida que es el seno materno, pero para ello es que “proteje la vida” de esa criatura. Derecho a vivir en el vientre materno y derecho a nacer, es decir dejar ese templo, son los primeros derechos que se le reconocen a esa criatura por el constituyente, ser invitado por el Creador y el auxilio de sus padres a participar de la existencia humana.

“El que está por nacer” es persona; la Constitución asegura su derecho a la vida al asegurar este derecho precisamente a todas las personas, así como lo asegura a quien ha ya nacido. No hay diferencia de tratamiento entre uno y otro ya que ambos son individuos de la especie humana; sería una diferencia arbitraria, sin justificación racional, pretender discriminar en cuanto al derecho a la vida, a vivir, entre el que ha nacido y el que aún está en el claustro materno, discriminación que veda expresamente el constituyente al legislador y a toda autoridad (art. 19 N^o 2 inciso 2^o).

Pero no solamente esto. No se olvide que “el Estado está al servicio de la persona humana” (art. 1^o inciso 4^o) y la promoción del bien común —que es el fin intrínseco del Estado, su único y exclusivo fin— ha de hacerla “con pleno respeto de los derechos y garantías” que la Carta Fundamental reconoce y establece (art. 1^o inciso 4^o: *derechos* que reconoce y *garantías* procesales que establece para su respeto); “derechos” que la Constitución reconoce, y entre ellos el de *vivir* —en el vientre materno— y el de nacer, esto es vivir fuera de él. Ahora bien, el poder público (la “soberanía”, en el término empleado por el art. 5^o de la Constitución) “reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Esos “derechos esenciales” de que se habla los poseen solamente los que poseen “naturaleza humana”, y a los humanos se ha reservado el nombre de “personas”, personas humanas.

Quien habita en el claustro materno —qué duda cabe— es un individuo de la especie humana y, por ende, posee, obviamente, esos “derechos esenciales” que emanan de tal naturaleza. Y esos

derechos son los que tienen, poseen y son reconocidos por la Constitución, las personas¹¹.

4. Es más. La Constitución impone a todos los órganos del Estado —sea constituyente, legislativo, judicial, administrativo, o contralor— el deber de respetar y promover el ejercicio de tales derechos (art. 5º inciso 2º), por lo cual no solamente se les impone una obligación activa sino que también incurren ellos en la infracción a una obligación constitucionalmente impuesta precisamente a ellos si los infringen, vulneran o violan.

La criatura que habita en el seno materno tiene existencia y existe, obviamente, como persona; es alguien, no algo; es un ser humano y no un cosa, y lo que se llama *nacer* es simplemente dejar ese templo de la vida para adquirir independencia corpórea, pero seguir dependiendo enteramente de la madre en cuanto a su alimentación y cuidado, crecimiento y desarrollo, tanto material como espiritual, hasta bastante tiempo después.

Se ha olvidado que la idea de persona se funda en la de ser subsistente, sustancial, individual, y ello ocurre tanto en cuanto cuerpo como alma, y no en la de ser independiente, ya que será la independencia algo que se irá concretando paulatinamente a través de los años. Convendría recordar con los Padres de la Iglesia (San Juan Damasceno) que la idea de persona no se refiere ni al cómo ni al qué sino al *quién*, es decir no algo sino *alguien*, y alguien único, distinto de todos los demás¹².

El que está por nacer no es una especie, tipo o clase de índole extraterrestre, ni tampoco un animal; sería por lo demás bien

¹¹Que posee esos derechos el que está por nacer lo ha reconocido expresamente la jurisprudencia en *Carabantes Cárcamo* (RDJ tomo 88 (1991) 2.5, 340-343) al disponer protección (en una acción constitucional de protección deducida al efecto por el Director de un hospital estatal: art. 20 inciso 1º de la Constitución) a la criatura autorizando al personal médico de dicho centro hospitalario “para que se adopten todas las medidas que tiendan a preservar y resguardar la vida del que está por nacer” [y su madre], dado que sus padres habían planteado, por creencias religiosas, su negativa a que se practicaran transfusiones de sangre como terapia ante problemas que pudieran sobrevenir durante el parto o, posteriormente, en razón de incompatibilidades sanguíneas (Rh).

¹²*De Trinitate* IV.7: nisi unus aliquis, solus, ab omnibus aliis singulari proprietate discretus. Independencia espiritual —valga señalar— que la ha tenido desde el primer instante de su existencia, pues el ser humano es cuerpo y alma, y si bien el cuerpo se va desarrollando, al ser materia, el alma al ser incorpórea, inmaterial, no tiene necesidad de desarrollo, y existe como tal desde que existe ser humano.

curioso —por decir lo menos— que la mujer y el hombre engendraran un ser que fuera animal nueve meses en el seno materno y que por el hecho de salir de él se transformara por arte de magia en un ser humano. Lo menos que puede decirse de tamaña pretensión es que es una inepticia impropia de un ser pensante que razone con lógica. No, el que está por nacer es un ser humano, y a ningún intelecto normal, bien formado y sin taras, se le pasa por la mente pensar de modo distinto. Y es persona por cuanto desde los albores del pensar lógico y de la meditación intelectual sobre la naturaleza humana, se ha dado el término, nombre o vocablo “persona” a quien poseyendo naturaleza racional —y quien está en el vientre materno la posee desde su concepción misma— constituye una substancia individual, lo que también posee aquél desde el mismo instante de su concepción, además de un alma inmortal que, asimismo, la posee aquél desde el primer instante de su ser natural¹³.

Y se emplea de propósito el término *natural*; sí, el que vive en el claustro materno es un ser natural, no es un artificio, ni un artefacto o mero apéndice de la madre (*pars viscera matris*), o un ente sin humanidad¹⁴. Es un individuo de la especie humana que, en ese santuario donde se gesta y germina la vida humana, espera el maravilloso instante en que dejará ese templo sagrado para ingresar a la sociedad y desplegar todas las virtualidades específicas de su propia personalidad, que lleva en

¹³No podemos por ello compartir la opinión de O. Ghirardi, en su lúcido artículo *La persona humana antes del nacimiento*, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* (año 1991), tomo 30 (2 volúmenes), vol. 1, 93-120) que señala que el embrión sería *virtualmente* una persona (pp. 113-114). Para la Constitución chilena de 1980 es persona el que está por nacer, y con derechos fundamentales que la misma Carta asegura y ampara, tal la vida, la honra, la igualdad ante y en el Derecho, a vivir en un ambiente libre de contaminación, a la salud, etc. Debo señalar que filosóficamente me parece que es un error sostener que la criatura que está en el seno materno sea *virtualmente* una persona, que ese ser humano sea una persona *virtualmente*: no se trata de un ser humano en potencia sino *en acto y plenamente en acto* con toda su subsistencia/sustancia e individualidad, cuerpo y alma humanos, específicamente determinados y distinto del padre y de la madre; admito que el hecho de la adultez pueda estar en potencia, virtualmente, en esa criatura, como lo está en un bebé o en un niño, pero no en su entidad de persona, la que está propiamente en acto desde el instante de su concepción misma.

En igual sentido vid. *Instrucciones sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*, de la Congregación para la doctrina de la fe (22.2.1987), aprobadas por el papa Juan Pablo II (Ediciones Paulinas, Santiago de Chile, 1987, espec. introducción párrafo 5, p.11 y cap. I, pp.12-20).

¹⁴“El cuerpo humano no es un objeto, es la persona misma”, recordará muy certeramente Ph. I. André-Vincent (*Archives de Philosophie du Droit* (Sirey, Paris) 32 (1987) 435: reseña bibliográfica del opúsculo de G. Mémeteau, *Le droit de la vie dans les enseignements pontificaux*, Tequi, Paris, 1985).

su código genético desde el mismo instante de su concepción. Sí, un ser humano, con todas las características de un hombre o de una mujer según se trate de aquél o de ésta, con su código genético propiamente humano, intransferible, específico de él, irrepetible, único, creado a imagen y semejanza del Creador, incluso resplandor —aunque pálido, como todo hombre— de Su Gloria¹⁵.

Es un ser humano —algo sagrado para el hombre, como dirá Séneca¹⁶— y a los seres humanos se les llama *personas*. Ridículo sería negarlo y enteramente artificioso resultan todos los argumentos que pretenden postular esa negativa. Al menos en nuestra Constitución no hallan sustento alguno porque “La Constitución asegura a todas las personas” el derecho a la vida, incluso del que vive en el claustro materno, que es “el que está por nacer”¹⁷.

Derecho a vivir en dicho claustro y derecho a vivir fuera de él, porque se trata de una persona, de un ser humano, con derechos esenciales que el propio Estado, en cualquiera de sus órganos que sea, debe respetar y promover, porque emanan de su propia naturaleza humana. Y el más esencial de los derechos que emanan de la naturaleza humana es precisamente vivir. El que está por nacer es un ser humano, reconocido por la Constitución como *persona* y desde su concepción misma, ya que a partir de ese instante posee naturaleza humana y, por ende, derechos reconocidos y asegurados como fundamentales, y protegidos y amparados por acciones constitucionales previstas al efecto por la propia Carta Fundamental.

¹⁵Valga recordar aquí que cuando María entra en casa de su prima Isabel, el niño que ésta llevaba en su seno (el futuro Juan, el Bautista) saltó de gozo ante la presencia de Jesús que habitaba en el seno de María (véase el relato del evangelista San Lucas, cap. 1, 39-56: el hecho en 41). No deja de ser impresionante que sea un niño ni nacido aún —pero lleno de vida en el claustro materno, y vida humana— quien sea la primera persona en reconocer públicamente al Mesías, al Salvador. ¿No será ello un signo precioso para nuestro tiempo, tan poco respetuoso para la vida que se forma, nutre y desarrolla en el seno materno, verdadero tabernáculo en el cual también el mismo Dios se dignó habitar como para indicarnos que es un templo santo, divinizado por Su misma Presencia?

¹⁶Y repetirá más de un milenio después Bracton al referirse al hombre libre, *res quasi sacra* (*De legibus et consuetudinibus angliae* (1259) folio 14, citado por E.H. Kantorowicz, *Los dos cuerpos del rey*. Alianza, Madrid, 1985, p. 166, nota 237).

¹⁷Si se atiende a las Convenciones Internacionales se concluirá en igual conceptualización, ya que tanto la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948), como la *Convención Americana de Derechos Humanos* (1969) acordada en San José de Costa Rica, plantean precisamente que *persona es todo ser humano*, y éste tiene derecho “en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (art. 6º de la Declaración Universal, y arts. 1º inc. 2º, y 3º y 4º del Pacto de San José/Costa Rica).

