

Visiones contrapuestas sobre el artículo 19 n° 1 de la Constitución:

**Reflexiones sobre la constitucionalidad
de la ley de despenalización del aborto
en tres causales**

**Compiladoras:
Lidia Casas Becerra
Gloria Maira Vargas**

Visiones contrapuestas sobre el artículo 19 N.º 1 de la Constitución Política:

**Reflexiones sobre la constitucionalidad
de la ley de despenalización del aborto
en tres causales**

Visiones contrapuestas sobre el artículo 19 N.º 1 de la Constitución Política:
Reflexiones sobre la constitucionalidad de la ley de despenalización del aborto
en tres causales

Lidia Casas Becerra
Gloria Maira Vargas
(Compiladoras)

1ª Edición: junio de 2018
500 ejemplares
ISBN 978-956-314-416-1
Inscripción en el Registro de Propiedad Intelectual N.º 291244

Diseño y diagramación:
Gráfica LOM
Concha y Toro 29, Santiago Centro
Fono: (56 2) 2 860 6800
graficalom.cl

Impreso en los talleres de Gráfica LOM
Miguel de Atero 2888, Quinta Normal
Fono: (56 2) 2 716 9695
Santiago de Chile

© Está prohibida la reproducción total o parcial de este libro, su recopilación en un sistema informático y su transmisión en cualquier forma o medida (ya sea electrónica, mecánica, por fotocopia, registro o por otros medios) sin el previo permiso y por escrito de los titulares del *copyright*.

Compatibilidad entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional chileno en relación con el derecho a la vida del no nacido

Soledad Bertelsen*

RESUMEN

Antes de preguntarse si el derecho internacional exige el reconocimiento de un derecho al aborto, es necesario pronunciarse sobre cuáles son las fuentes vinculantes de derecho internacional de los derechos humanos. En este artículo sostenemos que solo los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, la costumbre internacional, y las sentencias de tribunales internacionales dictadas contra Chile pueden crear obligaciones que vinculen a nuestro país en esta materia. Basándose en esto, el trabajo sostiene que no existe una obligación internacional de reconocer un derecho al aborto en nuestro ordenamiento jurídico. Se analiza la compatibilidad entre la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución Política de la República en lo relativo a la titularidad de los derechos y las normas que reconocen el derecho a la vida. Se concluye que no existen incompatibilidades entre los dos textos, y, por lo tanto, no se requiere de una reforma constitucional para adecuar la Constitución a las obligaciones de derecho internacional de los derechos humanos.

1. Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno

Existe consenso entre la doctrina y la jurisprudencia que la lista recogida en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia contempla una enumeración de las fuentes vinculantes del derecho internacional. Al derecho internacional de los derechos humanos también le es aplicable este sistema de fuentes del derecho internacional general. Las principales serían los tratados internacionales y la costumbre internacional. Sin embargo, hay autores que además otorgan un rol preponderante a los documentos emitidos por los órganos de monitoreo contemplados en los tratados internacionales

* J.S.D. International Human Rights Law, University of Notre Dame (EEUU), LLM Harvard Law School, Profesora de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Universidad de los Andes (Santiago, Chile).

de derechos humanos. A esto se suma la discusión sobre si las sentencias de las cortes regionales de derechos humanos vinculan más allá del caso concreto. A continuación se analiza cuál es el valor que debe entregarse a cada una de estas fuentes y cómo se incorpora el derecho internacional de los derechos humanos dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

1.1 Incorporación y rango de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico chileno

Corresponde a cada Estado definir el mecanismo a través del cual se incorporará el derecho internacional de los derechos humanos en su ordenamiento interno. Como lo señala el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, “los Estados Partes se comprometen a adoptar, **con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención**, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.¹

El artículo 5.º inciso 2.º de la Constitución Política reconoce dos tipos de fuentes de carácter obligatorio en materia de derechos humanos: la misma Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. En cuanto al procedimiento de ratificación, los tratados están sujetos a la aprobación del Congreso de acuerdo a lo establecido en el artículo 54 del texto constitucional. Por lo tanto, el artículo 5 inciso 2.º no incluye tratados internacionales firmados por el ejecutivo que no han sido ratificados por el Congreso, declaraciones de derechos que no tienen carácter vinculante, comentarios generales, recomendaciones u otro tipo de documentos emitidos por organismos internacionales. El valor de dichos documentos será analizado en el siguiente apartado.

Para algunos autores, el reconocimiento de los tratados internacionales de derechos humanos hecho en el artículo 5.º en comento daría a estos tratados un rango constitucional o supraconstitucional. Nogueira, por ejemplo, sostiene que la segunda oración del inciso 2.º reconoce a los tratados internacionales ratificados por Chile el carácter de constitución material, independientemente del rango de los tratados internacionales en el orden jurídico interno. Con ello se crearía un bloque constitucional de derechos conformado tanto por los derechos reconocidos en el texto constitucional como por los tratados internacionales, el cual debería ser aplicado directamente por los jueces nacionales.²

Sin embargo, hay razones para sostener que, a pesar de la importancia de la materia sobre la que versan, los tratados siguen teniendo un rango inferior a la Constitución. Por una parte, el artículo 54 reconoce que su aprobación se someterá en lo pertinente, a los trámites de una ley y a los quórum de aprobación de las leyes del artículo 66. Por otra parte, y más importante para estos efectos, el artículo 93 contempla la posibilidad de controlar *a priori* la constitucionalidad de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso.

El Tribunal Constitucional también ha sostenido en diversas ocasiones que los tratados de derechos humanos tienen rango infraconstitucional y, por lo tanto, no son capaces de modificar

1 Énfasis agregado.

2 Nogueira, Humberto, “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, en *Ius et praxis*, vol.9, N.º 1 (Universidad de Talca), 2003, párrafo 3.2.2; Nogueira, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011”, en *Estudios Constitucionales*, N.º 2, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca), 2012, p. 100.

automáticamente la Constitución. En la sentencia relativa al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el Tribunal señaló “no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contraria a ella o tenga igual jerarquía. De este modo, si dicho tratado contiene normas contrarias a la Carta Fundamental, solo podrá, válidamente, incorporarse al ordenamiento jurídico interno, previa reforma constitucional”³. Después de la reforma de 2005, el Tribunal mantuvo esta doctrina. En la sentencia relativa al control de constitucionalidad de ley orgánica del Tribunal Constitucional, éste rechazó la norma que excluía a los tratados internacionales de derechos humanos del control a posteriori, a través de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. El Tribunal señaló que, si bien no podía derogar las normas del tratado, sí podía pronunciarse respecto a su aplicación para asegurar su compatibilidad con la Constitución.⁴

De lo sostenido se puede concluir que, en el caso de existir una inconsistencia entre la norma de un tratado internacional de derechos humanos y la Constitución, sería necesaria una reforma constitucional para incorporar esa norma de derecho internacional en nuestro ordenamiento jurídico. De lo contrario, la norma internacional, por tener rango infra constitucional, sería considerada inconstitucional y no podría tener validez.

1.2 Algunas precisiones respecto al soft law

Los tratados internacionales de derechos humanos contemplan mecanismos de monitoreo para supervisar que los Estados cumplan con sus obligaciones. La gran mayoría contempla comités de expertos independientes que no representan a los países miembros. Aunque las atribuciones de los distintos organismos varían de tratado en tratado, en términos generales estos órganos evalúan los informes periódicos de cumplimiento enviados por cada Estado parte, emiten recomendaciones a cada Estado sobre la base de estos reportes, así como también elaboran comentarios generales sobre temas de su área. Ejemplos de estos comités son el Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Comité de los Derechos del Niño, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

¿Qué valor y rango tienen los documentos emanados de estos comités? ¿Son fuente de derecho internacional de los derechos humanos? Si bien algunos autores consideran el derecho de los derechos humanos como un área diferente del derecho internacional, la tendencia actual lo considera más bien parte del derecho internacional general, y por tanto, las normas relativas a las fuentes vinculantes le serían aplicables.⁵

3 Tribunal Constitucional, Rol 346-2002, 8 de abril de 2002, considerando 74.

4 Tribunal Constitucional, Rol 1288-2009, 25 de agosto de 2009, considerandos 50-72. La postura respecto al rango de los tratados internacionales de derechos humanos se mantiene en las sentencias Rol 2387-2013, 23 de enero de 2013, considerandos 11-12; Rol 2265-2013, 21 de noviembre de 2013, considerando 8; Rol 2703-2016, 26 de enero de 2016, considerando 11.

5 International Law Association, Committee on International Human Rights Law and Practice, “Final Report on the Relationship between General International Law and International Human Rights Law”, (72nd Conference of the International Law Association, Rio de Janeiro), 2008, p. 2. Disponible en <http://www.ila-hq.org/index.php/committees>.

Para responder a la pregunta sobre el valor vinculante de las recomendaciones debemos analizar al concepto de *soft law*. El término se utiliza para referirse a las declaraciones, resoluciones, guías y principios básicos de derecho internacional de los derechos humanos que son creados por organizaciones intergubernamentales e internacionales para servir de guía, pero que no tienen carácter vinculante. *Soft law* se opone al término *hard law*, utilizado para referirse a las normas vinculantes.⁶

El *soft law* puede tener diferentes objetivos: codificar costumbre internacional pre-existente para darle mayor precisión a través de un texto, ayudar a formar una nueva costumbre internacional, consolidar la opinión política en torno a la necesidad de actuar frente a un determinado problema, resolver ambigüedades de un tratado, rellenar vacíos, formar parte de la práctica ulterior de los Estados, servir de guía o modelo para leyes nacionales aunque no haya una obligación internacional, preceder a normas vinculantes cuando no hay certeza sobre la efectividad de la respuesta o cuando acordar un tratado es políticamente imposible, e influir en la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos, a veces expandiéndolo y otras veces, restringiéndolo.⁷

Dada la variedad de documentos que caben dentro de la categoría de *soft law*, son necesarias algunas precisiones respecto a los objetivos antes enunciados. Los primeros objetivos se refieren a la costumbre internacional que, como fuente del derecho internacional, está basada en el consentimiento de Estados soberanos. Esta costumbre tiene dos elementos: la práctica constante y la *opinio iuris*. La primera debe ser consistente, continua, y uniforme de los Estados respecto a una cierta materia del área de las relaciones internacionales sobre un considerable, pero no especificado, período de tiempo.⁸ Por lo tanto, los documentos de *soft law* que podrían influir en la formación de una costumbre internacional como práctica de los Estados son las declaraciones en que, valga la redundancia, *los Estados* participan. Las declaraciones redactadas por grupos de especialistas en derechos humanos que actúan de forma independiente, en cambio, no podrían constituir prueba de la práctica de los Estados.⁹ Tampoco pueden considerarse como “práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”, a la que se refiere la regla general de interpretación contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Por otro lado, para formar una costumbre, la práctica debe caracterizarse por ser consistente, continua y prolongada en el tiempo. Estas características, si bien indeterminadas, excluyen que una sola declaración o lista de principios se transforme en costumbre vinculante.

El otro elemento de la costumbre, la *opinio iuris*, significa que los Estados siempre deben realizar esas prácticas con la convicción de estar cumpliendo con una obligación internacional. El hecho de firmar una declaración puede servir de prueba para mostrar que el Estado en cuestión considera que es una obligación. Sin embargo, también puede demostrar el desacuerdo respecto a la cuestión sustantiva. El Estado, conscientemente, firma ese documento de carácter no vinculante, precisamente porque no

6 Condé, H. Victor, *A handbook of international human rights terminology*, (Lincoln: University of Nebraska Press), 2004, p. 242.

7 Shelton, Dinah, “Soft Law”, George Washington University Legal Studies Research Paper N.º 322, 2008, p. 8. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003387; Gammeltoft-Hansen, T. y Lagoutte, S. et al, “Introduction. Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights”, en Gammeltoft-Hansen, T. y Lagoutte, S. et al (ed.), *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, (New York: Oxford University Press), 2016, p.1-7.

8 Condé, H. Victor, Op. Cit., nota 7, p. 59.

9 Rodly, Nigel S., “The role and impact of treaty bodies”, en D. Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights*, (Oxford: Oxford University Press), 2013, p. 639.

se considera legalmente obligado.¹⁰ No hay que olvidar que el derecho internacional es un área en que el derecho, la diplomacia y la política están estrechamente vinculadas. Constantemente, las noticias internacionales nos recuerdan esta realidad, al informar, por ejemplo, sobre países que denuncian tratados internacionales a consecuencia de sentencias internacionales condenatorias.¹¹

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos muchas veces es precedido por instrumentos no vinculantes. Sin embargo, esto no significa que el mero paso del tiempo o la acumulación de textos de *soft law* en una misma dirección se transformen automáticamente en instrumentos vinculantes. La única manera que los documentos no vinculantes adquieran el carácter de vinculante es a través de su aceptación por parte de los autores del derecho internacional, esto es, los Estados.¹² De incorporarse formalmente esos estándares en un tratado o una costumbre internacional comprobada, la fuente vinculante es la que obliga y no su predecesora. Esto aplica tanto para los documentos dirigidos a un grupo de países (ej. comentarios generales) como los dirigidos específicamente a un país (ej. recomendaciones a Chile como respuesta a un reporte sobre el cumplimiento de un tratado). No hay una escala gradual de “vinculación” que vaya de menos vinculante, más o menos vinculante a muy vinculante. El sistema es binario: es vinculante o no lo es.¹³ Tampoco el hecho de que unos principios se vean como normas deseables, los transforma en normas vinculantes.

También es importante aclarar que un documento que puede ser vinculante para algunos países, puede tener el valor de *soft law* para otros. Shelton da un ejemplo clarificador: una decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos constituye *hard law* para el país demandado, pero *soft law* para los otros países miembros del Consejo de Europa, y más aún para los Estados de otras regiones, por ejemplo, Chile.¹⁴ Es importante tener este punto en cuenta al leer las múltiples citas a sentencias de tribunales internacionales que aparecen en las sentencias, tanto de tribunales nacionales como internacionales.

Vale la pena hacer una mención especial a las recomendaciones dirigidas a Chile por parte de comités monitores de implementación de los tratados. Aun cuando la recomendación esté dirigida específicamente a nuestro país, no tiene la fuerza obligatoria del tratado ni de una sentencia dictada por un órgano de carácter jurisdiccional. Así lo informa la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a las recomendaciones de la Comisión Interamericana, al señalar en más de una oportunidad que “*el término ‘recomendaciones’ no tiene carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado*”.¹⁵ Los Estados, por lo tanto, siguen teniendo un espacio para interpretar e implementar los tratados monitoreados por estos órganos de la manera que parezca más adecuada con las circunstancias históricas, sociales, culturales y políticas del país.

10 Shelton, Dinah, “Soft Law”, Op. Cit., nota 8, p. 20-21.

11 Citaremos dos ejemplos muy diferentes. Primero, la denuncia de Venezuela de la Convención Americana de Derechos Humanos el año 2012 como producto de los casos *Ríos, Perozo y otros contra Venezuela, Allan Brewer Carías contra Venezuela, Leopoldo López contra Venezuela y Usón Ramírez contra Venezuela*. (ver Carta de Denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos, 6 de septiembre de 2012, disponible en <http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/2013/09/Carta-Retiro-CIDH-Firmada-y-sello.pdf>). Por otro lado, la denuncia de Colombia del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas “Pacto de Bogotá” como consecuencia de la sentencia de 19 de noviembre de 2012 en el caso de delimitación marítima contra Nicaragua.

12 Gammeltoft-Hansen, T. y Lagoutte, S. et al, “Introduction. Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights” Op. Cit., nota 8, p. 5.

13 Shelton, Dinah, “Soft Law”, Op. Cit., nota 8, p. 21.

14 Ibid, Op. Cit., nota 8, p. 4.

15 Corte IDH, Caballero Delgado y Santana vs Colombia. Fondo, sentencia de fecha 8 de diciembre de 1995, párrafo 67; Corte IDH, Genie Lacayo vs Nicaragua. Fondo, sentencia de fecha 29 de enero de 1997, párrafo 93.

Sin perjuicio del prestigio y experticia de estos organismos, los comités internacionales no pueden reemplazar a los organismos democráticos de cada Estado al momento de adoptar medidas específicas para la protección de los derechos humanos en su territorio.

El Tribunal Constitucional chileno también ha sostenido que las recomendaciones de los comités monitores de tratados internacionales no son vinculantes. En la sentencia rol 3016 señaló que las recomendaciones “*al no tener ratificación por los Estados no constituyen, de acuerdo a nuestro derecho interno, normas vinculantes de rango legal*”, agregando que estos documentos solo constituirían pautas y guían no vinculantes para los Estados.¹⁶ En la sentencia rol 3729 (3751) sobre el proyecto de ley de despenalización del aborto en tres causales mantuvo la misma postura. Por un lado, el voto de mayoría señaló en el considerando 10º que no examinaría la forma en que afectan a Chile las sentencias de tribunales internacionales, ni las declaraciones formuladas por Comités creados por ciertos tratados por ser asuntos que estarían lejos de la controversia medular.¹⁷ En el considerando 129.º se remite en este aspecto a una de las disidencias, la cual señala expresamente que “*las recomendaciones y observaciones (...) constituyen soft law internacional, esto es, directrices no obligatorias que los Estados deben ir teniendo en cuenta para configurar sus políticas públicas, sin que su inobservancia genere responsabilidad internacional al respecto*”.¹⁸

En resumen, todos los documentos de derechos humanos que caen en la categoría de *soft law* no constituyen fuente de obligaciones internacionales directamente. Para que su contenido constituya una obligación para Chile deben incluirse formalmente en un tratado internacional o tener las características de una costumbre de derecho internacional, lo que debe ser probado. Por otra parte, para que su contenido sea derecho chileno, requieren incorporarse a través de una ley, la cual no puede ser contraria a la Constitución.

1.3 El control de convencionalidad de los derechos humanos propuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Al hablar de incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es importante no solo fijarse en las atribuciones del Congreso sino también referirse al rol de los jueces. Dado el carácter abierto de las normas de derechos humanos, los magistrados tienen una importante labor al momento de aterrizarlos al caso concreto. Su tarea, frente a normas que admiten multiplicidad de sentido, es de construcción más que de interpretación. El juez tomará una opción normativa posible entre muchas razonables, pero no completamente necesarias.¹⁹

Por el carácter abierto tanto de las normas de los tratados de derechos humanos como del artículo 19 de la Constitución, me parece que no deberían ser muchos los casos en que el juez se viera en la disyuntiva de aplicar una norma por sobre otra, sino que su rol será más bien de armonización. En esta tarea, el juez deberá aplicar principios de interpretación entre los cuales se cuenta el principio *pro homine*, según el cual, el intérprete debe actuar siempre a favor de la persona, aplicando la protección

16 Tribunal Constitucional, Rol 3016-2016, sentencia de fecha 9 de mayo de 2016, considerando 54.

17 Tribunal Constitucional, Rol 3729 (3751)-2017, sentencia de fecha 28 de agosto de 2017, considerando 10.

18 Ibid., Disidencia ministros Peña, Aróstica, Letelier y Romero, considerando 67.

19 Candia, Gonzalo, “Derechos Implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una reflexión a la luz de la noción de Estado de Derecho”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol.42, N.º 3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015, pp. 880-883.

más amplia al reconocer derecho y aplicando la interpretación más restrictiva cuando se establezcan restricciones a los derechos.²⁰ En otras palabras, tiene la obligación de buscar una interpretación que maximice la protección de los derechos, armonizando las distintas normas. Esta labor de interpretación se complica, sin embargo, si aparte de los tratados internacionales, se considera que el juez nacional debe aplicar directamente las sentencias emanadas de los tribunales de derechos humanos.

Desde hace ya una década, la Corte Interamericana de Derechos Humanos comenzó a desarrollar a través de su jurisprudencia la doctrina del control de convencionalidad. La Corte ha dado varias definiciones de este. Citaremos aquí al juez Ferrer Mac-Gregor, que las sintetiza como “*una obligación internacional a cargo de todas las autoridades del Estado parte del Pacto de San José de interpretar cualquier norma jurídica nacional (Constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etcétera) de conformidad con la Convención Americana y, en general, con el corpus iuris interamericano*”.²¹ Este *corpus iuris* estaría integrado por los tratados internacionales de derechos humanos creados en el seno de la Organización de los Estados Americanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana en relación a ellos.²²

De acuerdo a esta doctrina, las autoridades nacionales deben aplicar directamente no solo el texto de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, sino también las sentencias de la Corte Interamericana, incluso las dictadas en casos contra otros países.²³ Así como en el control de constitucionalidad los jueces competentes dejan de aplicar una norma por ser contraria a la constitución, en el control de convencionalidad las autoridades nacionales deberán dejar de aplicar una norma interna por ser contraria a los tratados del sistema interamericano y a las interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana.²⁴ La Corte ha señalado que las autoridades estatales deberán ejercer de oficio el control de convencionalidad, pero agrega que deben hacerlo de acuerdo a sus respectivas competencias.²⁵

Independientemente de los motivos que la Corte Interamericana tiene para promover esta doctrina, el control de convencionalidad adolece de múltiples problemas jurídicos y prácticos que hacen difícil su implementación. Primero, la Corte crea nuevas obligaciones de derecho internacional a través de su jurisprudencia, siendo discutible el asidero que el control de convencionalidad tiene en el texto de la Convención Americana.²⁶ En principio, los tratados solo reconocen el efecto relativo de las

20 Melgar Rimachi, Adriana, *El principio pro homine como clave hermenéutica de la interpretación de conformidad: el diálogo entre la Corte IDH y los tribunales peruanos*, (Arequipa: Universidad Católica San Pablo), 2016, p. 209.

21 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Control de Convencionalidad (sede interna)”, en Ferrer Mac-Gregor, E. Martínez Ramírez, F. *et al* (coord.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Tomo I*, (México D.F.: Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2014, p. 233. Disponible en <https://www.cjf.gob.mx/resources/diccionarioDPCC/diccionario%20Tomo%20I.pdf>

22 *Ibid.* p. 235.

23 Corte IDH, *Atala Riffo y niñas vs Chile*. Fondo, sentencia de fecha 24 de febrero de 2012, párrafos 282, 284.

24 Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs Chile*. Fondo, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafos 124-126; Corte IDH, *Xákmok Kásek vs Paraguay*. Fondo, sentencia de fecha 24 de agosto de 2010, párrafos 311-312.

25 Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado-Alfaro et al.) vs Perú*. Fondo, sentencia de fecha 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

26 Hay autores, como Ferrer Mac-Gregor, que señalan que el fundamento normativo de la doctrina se encuentra en los artículos 1.1, 2 (desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos), 25 (derecho a un recurso) y 29 de la Convención Americana (obligación de las autoridades de permitir de la manera más amplia posible el goce y ejercicio de los derechos) y en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (principios *pacta sunt servanda* y prohibición de invocar el derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado). Ferrer Mac-Gregor Op. Cit. nota 22, p. 234.

sentencias,²⁷ mientras que el control de convencionalidad extiende este carácter vinculante a todas las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada contra cualquiera de los Estados miembros. Esto equivale a establecer un sistema de precedentes a nivel interno, en una región en que la mayoría de los ordenamientos jurídicos son ajenos a él. Más confusa resulta esta obligación al considerar que ni siquiera la Corte Interamericana tiene la obligación de respetar sus propias sentencias, dándose el sin sentido que un país podría estar aplicando el control de convencionalidad en base a jurisprudencia que puede estar siendo modificada al mismo tiempo por la Corte. Tampoco hay claridad sobre qué parte de las sentencias constituiría precedente, si se requiere de una mayoría específica de jueces o si cambia la fuerza vinculante al formarse la mayoría a través de votos concurrentes. Por otra parte, las sentencias de la Corte Interamericana resuelven casos concretos que toman en cuenta circunstancias específicas que no necesariamente son extrapolables a las circunstancias de otros Estados.²⁸

Otro problema del control de convencionalidad es que, en principio, la Corte lo hace extensivo a todas las autoridades nacionales, indicando que se debe ejercer de oficio. Esta extensión no parece ser compatible con el requisito de hacerlo dentro de sus competencias, ya que en el caso de Chile y de otros países de la región, existe un control concentrado de constitucionalidad. Sería contradictorio que nuestros jueces pudieran dejar sin efecto de oficio una ley por ser contraria a la Convención Americana, mientras que, por ser contraria a la Constitución, tienen la obligación de plantear la cuestión al Tribunal Constitucional.²⁹ La Corte Interamericana avanza aún más, ya que no solo impone la obligación a los jueces, sino a todas las autoridades nacionales.³⁰ Esta postura contradice la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional respecto al rango de los tratados internacionales. A mayor abundamiento, en la sentencia rol 3729 (3751), el Tribunal señaló expresamente que las sentencias la Corte Interamericana no son vinculantes, sin perjuicio de su importancia como herramienta hermenéutica, la cual a su vez puede ser relativizada cuando falta uniformidad en sus decisiones.³¹

Sin embargo, estas interpretaciones no son pacíficas. Por ejemplo, Dulitsky explica que, si bien del artículo 25 de la Convención Americana se sigue que tiene que haber un recurso judicial, no se deduce de esa norma que la Convención tenga que ser incorporada directamente en los ordenamientos internos o que tenga un rango superior a las normas nacionales. El autor también explica que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se refiere a la responsabilidad internacional de los Estados, y no a la manera en que los tratados se incorporan en el derecho nacional ni su posición jerárquica respecto al derecho nacional. Dulitsky, Ariel, "An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", en *Texas International Law Journal*, Volume 50, Issue 1 (University of Texas School of Law), 2015, pp.63-64. Ver también Contesse, Jorge, "The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A rejoinder to Paolo Carozza and Pablo González Domínguez", en *International Journal of Constitutional Law*, Volume 15, Issue 2 (Oxford University Press and New York University School of Law), 2017, pp. 443-444.

- 27 Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 68.1: "Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes".
- 28 Como señala Malarino, "Un tribunal de última instancia tiene ciertamente la última palabra sobre un caso, pero la doctrina del caso no es necesariamente obligatoria para otros casos y otros tribunales. Para que esto sea así el sistema debe contar con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes (*stare decisis et quia non movere*) y esta regla no existe en el sistema interamericano." Malarino, Ezequiel, "Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales", en Ambos, K. y Malarino, E. et al (ed.) *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. Tomo II*, (Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung), 2011, p. 429.
- 29 Ver Dulitsky, Op. Cit., nota 27, pp. 60-61.
- 30 Corte IDH, Gelman vs Uruguay. Fondo, sentencia de fecha 24 de febrero de 2011, párrafo 239 ("la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad", que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial". (El subrayado es nuestro)
- 31 Tribunal Constitucional, Rol 3729 (3751)-2017, sentencia de fecha 28 de agosto de 2016, considerando 129.

La crítica planteada no busca quitarle importancia a la Convención Americana. Los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentran vigentes son normas obligatorias para todos los habitantes de la República. Todas las autoridades pueden aplicarlas directamente sin perjuicio que, por su carácter abierto, algunas requerirán la especificación de leyes o reglamentos que las hagan operativas. El juez, por su parte, no puede excusarse de resolver los casos señalando que falta una ley o reglamento que aterrice la norma internacional.

Lo propuesto va en la línea del artículo 2 de la Convención, el cual exige específicamente el deber de adoptar decisiones de derecho interno para garantizar los derechos y libertades de la Convención. Para realizar dicha implementación, los Estados gozan de cierta deferencia para tomar las medidas legislativas o de otro carácter que mejor protejan los derechos, especialmente respecto de aquellos que requieren mayor especificación, y para lo cual es necesaria la experticia del Estado respecto a las circunstancias culturales, históricas y sociales de un país. En virtud del principio de subsidiariedad, la Corte no puede reemplazar al legislativo en su rol de protección concreta de los derechos humanos. Este margen se verá reducido cuando se trate de casos que involucren violaciones al derecho a la vida, desapariciones forzadas o tortura, y cuando el país no cuente con un poder judicial independiente y que cumpla con las garantías mínimas del debido proceso.³²

Lo antes señalado nos lleva a concluir que una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada contra otro Estado no tiene fuerza vinculante en nuestro país. La única manera de incorporar su contenido, asumiendo que la sentencia estuviera interpretando correctamente la Convención Americana, sería a través de su incorporación en una fuente de derecho interna.

1.4 *El aborto en el derecho internacional de los derechos humanos*

Luego de esta breve explicación sobre el valor de los distintos documentos de derechos humanos a nivel internacional y su incorporación en nuestro ordenamiento jurídico, es necesario preguntarse dónde se encuentra reconocido el derecho al aborto en el derecho internacional.

Ninguno de los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes reconoce un derecho al aborto. El único tratado que incluye de forma expresa este derecho es el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África (Protocolo de Maputo), el cual consagra que los estados miembros tomarán las medidas apropiadas para proteger los derechos reproductivos de la mujer autorizando el aborto médico en casos de abuso sexual, violación, incesto, y cuando la prolongación del embarazo ponga en peligro la salud mental y física de la madre o la vida de la madre o del feto (artículo 14 letra c).

Dado que los tribunales regionales de derechos humanos frecuentemente citan múltiples tratados de derechos humanos en sus decisiones, vale la pena recordar que un tratado africano de derechos humanos no puede tener el carácter vinculante en un país de otra región, tal como Chile. El artículo 31.3 letra c) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, señala que para la interpretación de un tratado puede tenerse en cuenta “*toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*”. Sin embargo, un tratado aplicable a África no puede considerarse un

32 Bertelsen, Soledad, “Consensus and the Intensity of Judicial Review in the European Court of Human Rights”, en Arnold, R. y Martínez-Estay, J. (ed.), *Rule of Law, Human Rights and Judicial Control of Power*, (Cham.Switzerland: Springer), 2017, pp. 300-301.

documento pertinente ni aplicable a las relaciones con Chile. Referirse al Protocolo de Maputo para deducir obligaciones para Chile implicaría pasar por alto normas de derecho internacional, las reglas de incorporación del derecho internacional del derecho interno y, más aun, la existencia misma de sistemas regionales de derechos humanos. La universalidad de los derechos humanos no impide que los derechos sean reconocidos, determinados y aplicados en diferentes regiones y países de forma diversa. Negar esto haría superflua la existencia de tratados y sistemas regionales que protejan los derechos para unos países específicos. Una universalidad entendida como un reconocimiento idéntico de los derechos propondría la implementación de un único tratado de derechos humanos, aplicable a todos los países del mundo, con un sistema universal único de monitoreo e implementación. Sin embargo, el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos nos lleva a conclusiones opuestas al constatar la existencia de nueve tratados base a nivel de Naciones Unidas, con sus respectivos protocolos, a los que hay que sumar todos los tratados regionales de Europa, América y África.

Tampoco se puede afirmar que exista una costumbre internacional que consagre el derecho al aborto. Por una parte, no hay una práctica constante y uniforme de los Estados de consagrar el aborto como un derecho. Como lo señalaba el Relator Especial sobre el Derecho a la Salud, el 2011 aproximadamente el 25% de la población mundial vivía en ordenamientos jurídicos que prohíben todo aborto, excepto los que se derivan de violación, incesto, así como los realizados para salvar la vida de la mujer.³³ El Centro de Derechos Reproductivos señala en su mapa de leyes de aborto en el mundo que hay 66 países con leyes que prohíben completamente el aborto o lo permiten solo para salvar la vida de la madre.³⁴

Por otro lado, no está claro que los Estados que han legalizado el aborto lo hayan hecho en virtud de una *opinio iuris*, esto es, que lo adoptaran con la convicción de cumplir con una obligación de derecho internacional. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia de 2006 en que autoriza el aborto, reconoce que “*de las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición de los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito*”.³⁵ Por otra parte, el Programa de Acción del Cairo de 1994 que sigue guiando la agenda 2030 de las Naciones Unidas, señala que “*cualesquiera medidas o cambios relacionados con el aborto que se introduzcan en el sistema de salud se pueden determinar únicamente a nivel nacional o local de conformidad con el proceso legislativo nacional*”.³⁶

La Corte Interamericana no ha dictado sentencias en contra de Chile ni en contra de otros países reconociendo un derecho al aborto. La sentencia de Artavia Murillo vs. Costa Rica de 2012 trata sobre la prohibición de la fecundación *in vitro* en dicho país.³⁷ La sentencia de fondo de I.V. vs. Bolivia de 2016³⁸ es sobre esterilización sin consentimiento, y las medidas provisionales dictadas en

33 Grover, Anand, *Interim report of Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health*, 3 de Agosto de 2011, A/66/254 (2011), párrafo 23.

34 <http://worldabortionlaws.com/questions.html>.

35 Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 10 de mayo de 2006, C-355/06, p. 246.

36 Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (Programa de Acción del Cairo), A/Conf.171/13, 18 de octubre de 1994, párrafo 8.25. Respecto a la vigencia del Programa de Acción del Cairo ver Orrego, Francisco, “Opinión legal sobre el estatus jurídico de la jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos y su vinculación con la presunta obligación internacional de legalizar el acceso al aborto”, acompañado en el expediente del Tribunal Constitucional, Rol 3751-17, fojas 788-790.

37 Corte IDH, Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs Costa Rica. Fondo, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012.

38 Corte IDH, I.V. vs Bolivia. Fondo, sentencia de fecha 30 de noviembre de 2016.

el caso B vs. El Salvador de 2013³⁹ son de carácter médico, para asegurar la debida protección del derecho a la vida y a la integridad personal de una mujer embarazada que sufría de la enfermedad de lupus.

Solo a nivel de documentos no vinculantes se exige un reconocimiento del aborto. Entre los documentos, aplicables a una generalidad de países, encontramos la Observación General N°28 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que señala que, para evaluar el cumplimiento de la prohibición de someter a torturas u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, necesita que los Estados informen sobre el acceso al aborto en condiciones de seguridad de la mujer embarazada como consecuencia de una violación.⁴⁰

También a nivel general encontramos informes del Relator Especial sobre Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes⁴¹ en términos similares al de la citada Observación General N°28 o del Relator Especial sobre el Derecho a la Salud, el que señala que las leyes que criminalizan el aborto inducido constituyen ejemplos paradigmáticos de barreras para la protección del derecho a la salud de la mujer.⁴² A nivel de documentos dirigidos al Estado de Chile están, por ejemplo, los informes del Comité de Derechos Humanos (1999 y 2007),⁴³ del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2004),⁴⁴ del Comité sobre Derechos del Niño (2007)⁴⁵ y del Comité para la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer (2006 y 2012)⁴⁶.

A pesar de lo extensa que puede parecer esta la lista, hay que subrayar un par de ideas ya expresadas con anterioridad en este artículo. Primero, ninguno de los comités o relatores especiales nombrados supervisan el cumplimiento de tratados de derechos humanos que incluyan el derecho al aborto. Estos organismos derivan el derecho al aborto a partir de interpretaciones de otros derechos, tales como la prohibición de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, o del derecho a la salud (aplicando estos derechos a la mujer o adolescente, pero no al no nacido, lo que es problemático desde el punto de vista de la titularidad de los derechos). La interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos corresponde a un tema que excede los límites de este trabajo. Podemos afirmar, sin embargo, que llevar la interpretación evolutiva al punto de crear nuevos derechos no contemplados

39 Corte IDH, Asunto B. Medidas provisionales respecto de El Salvador, resolución de 29 de mayo de 2013.

40 Comité de Derechos Humanos, Observación General N.º 28 “Artículo 3-La igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, 68.º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000) párrafo 11.

41 Méndez, Juan, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/22/53 (2013), párrafo 50.

42 Grover, Anand, Op. Cit., nota 34, párrafo 21.

43 Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile, 65.º período de sesiones, 30 de marzo de 1999, CCPR/C/79/Add.104, párrafo 15; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos Chile, período de sesiones, 17 de abril de 2007, CCPR/C/CHL/CO/5, párrafo 8.

44 Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Chile, 33.º período de sesiones, 1.º de diciembre de 2004, E/C.12/1/Add.105, párrafo 52.

45 Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al Artículo 22 de la Convención, Observaciones finales Chile, 44.º período de sesiones, 23 de abril de 2007, CRC/C/CHL/CO/3, párrafo 56.

46 Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile, 36.º período de sesiones, 25 de agosto de 2006, CEDAW/C/CHL/CO/4, párrafos 19 y 20; Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53.º período de sesiones (1.º a 19.º de octubre de 2012), 53.º período de sesiones 12 de noviembre de 2012, CEDAW/c/CHL/CO/5-6, párrafo 34 y 35 letra d.

originalmente es una postura discutible sobre la que no hay consenso.⁴⁷ En segundo lugar, todos estos informes citados corresponden a documentos no vinculantes emitidos por organismos internacionales, no por los Estados. La suma de documentos no vinculantes no importa cuán extensa, no transforma el *soft law* en *hard law*.

2. Análisis de la congruencia entre la Constitución chilena y el derecho internacional de los derechos humanos en materia de titularidad de derechos y derecho a la vida

A continuación, examinaremos si la Constitución chilena es concordante con el derecho internacional en aspectos relacionados con el aborto, como lo son la titularidad de los derechos y la consagración del derecho a la vida. Para estos efectos, centraremos el análisis en la Convención Americana de Derechos Humanos. Primero, por tratarse del sistema regional de derechos humanos en que se encuentra inserto nuestro país, y, por ende, monitoreado por un tribunal que puede dictar sentencias y no solo recomendaciones. Segundo, por motivos de espacio, ya que un análisis de la titularidad y del derecho a la vida de todos los tratados de derechos humanos ratificados por Chile excedería la extensión de este artículo.

2.1 Titularidad de los derechos

Al hablar de un supuesto derecho al aborto, es ineludible referirse a quién es titular de derechos, ya que la discusión se centra en la licitud de desproteger la vida del no nacido, provocando su muerte. Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como la Constitución Política de la República reconocen como titular de derechos humanos a las personas. Por eso, es relevante referirse a qué se entiende por los términos *persona* y *ser humano* en nuestra Constitución y en la Convención.

El artículo 1.2 de la Convención Americana define que “*para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano*”. El objeto de este artículo es definir la titularidad de los derechos, como se deduce al leerlo en conjunto con el artículo 1.1, que establece la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. El sentido del artículo 1.2 fue reafirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva sobre titularidad de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos. La Corte recalca allí que para la Convención los términos persona y ser humano son usados como sinónimos. La Corte hace referencia a la definición de la Real Academia de la Lengua española que define a la “*persona*” como “*individuo de la especie humana*”, agregando que “*humano*” o “*humana*” se refiere a tener naturaleza de hombre.⁴⁸ Esta definición coincidiría con el sentido corriente de los términos persona y ser humano, y con lo señalado en el preámbulo de la Convención Americana y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.⁴⁹

47 Candia, Gonzalo, Op. Cit., nota 20; Paul, Álvaro, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N.º 1 (Universidad de Talca – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales), 2012, p.78.

48 Corte IDH, Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016 solicitada por la República de Panamá, párrafo 38.

49 Ibid., párrafos 39-48.

El reconocimiento de titularidad del artículo 1 se complementa con el artículo 3, el cual establece que *“toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”*. La negación de la personalidad jurídica niega la condición de sujeto de derechos, hace al individuo vulnerable, y le imposibilita, obstaculiza o anula ejercer en forma efectiva sus derechos.⁵⁰ La lectura sistemática de estas normas lleva a concluir que la Convención reconoce protección a la persona por el hecho de ser un ser humano, independiente de otros atributos o circunstancias accidentales.⁵¹

Nuestra carta fundamental, por su parte, reconoce en el artículo primero que *“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*, agregando en el encabezado del artículo 19 que la Constitución asegura a todas las personas los derechos y garantías reconocidos en ese artículo. Gran parte de la doctrina *ius publicista* interpreta que el concepto de persona coincide con el concepto biológico de ser humano, postura que el Tribunal Constitucional tomó en la sentencia rol 740 al señalar que *“si al momento de la concepción surge un individuo que cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo, constituyéndose en un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre (...) es posible afirmar que estamos frente a una persona en cuanto sujeto de derecho. La singularidad que posee el embrión, desde la concepción, permite observarlo ya como un ser único e irrepetible que se hace acreedor, desde ese mismo momento, a la protección del derecho y que no podría simplemente ser subsumido en otra entidad, ni menos manipulado, sin afectar la dignidad sustancial de la que ya goza en cuanto persona”*.⁵² Esta postura coincidiría con la Convención Americana de Derechos Humanos que considera los términos persona y ser humano como sinónimos.

Sin embargo, el voto de mayoría de la reciente sentencia rol 3729 (3751) se aparta de esta postura, negando la categoría de persona al que está por nacer, señalando que no constituye una vida individual y autónoma y solo sería un sujeto que es una expectativa de persona.⁵³ Para quienes suscriben dicho voto, la Constitución construye el concepto de persona a partir del nacimiento.⁵⁴ Basándose en una interpretación textualista, señalan que solo el inciso 1.º del artículo 19 n.º 1 se refiere a la persona, mientras que el inciso 2.º habla de *“el que está por nacer”* en vez de *“la que está por nacer”*, y que el resto de los numerales del artículo razonan sobre la base de que la persona está nacida o tiene una edad determinada, mientras que *“el no nacido no tiene las condiciones habilitantes para que se le reconozca su condición de persona y titular de derechos”*.⁵⁵

Considero que el voto de mayoría se equivoca al separar los conceptos de ser humano y persona, como lo demuestran los argumentos presentados en los votos de minoría y en la prevención del ministro Hernández. Por una parte, se interpreta la Constitución a la luz de la ley, criterio hermenéutico que hace superflua la Constitución y al mismo Tribunal Constitucional. El voto de mayoría se olvida

50 Corte IDH, *Bámaca Velásquez vs Guatemala*. Fondo, sentencia de fecha 25 de noviembre de 2000, párrafo 179; Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*. Fondo, sentencia de fecha 24 de febrero de 2011, párrafo 92; Corte IDH, *Niñas Yean y Bosico vs República Dominicana*. Fondo, sentencia de fecha 8 de septiembre de 2005, párrafo 179.

51 Bertelsen, S. y García G., “La protección del derecho a la vida y el estatus del no nacido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Bertelsen, S. y Aguirrezabal, M. (ed.), *El aborto: perspectivas filosófica, jurídica y médica*, (Santiago de Chile: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho), 2015, p. 187. Sin perjuicio de estas conclusiones, hay que mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de fondo en el caso *Artavia Murillo contra Costa Rica*, excluye a los no nacidos de la categoría de personas (párrafo 264). Si bien esta sentencia trata sobre la restricción de la fecundación in vitro en Costa Rica y no se refiere al aborto, más adelante analizaremos la parte de la sentencia que puede tener más influencia en la regulación del aborto.

52 Tribunal Constitucional, Rol 740-2008, sentencia de 18 de abril de 2008, considerando 50.

53 Tribunal Constitucional, Rol 3729 (3751)-2017, sentencia de 28 de agosto de 2017, considerando 40.

54 *Ibid.*, considerandos 68-70.

55 *Ibid.*, considerandos 76-77.

que la existencia legal de la persona, marcada por el nacimiento, solo se refiere a la consolidación de su capacidad patrimonial.⁵⁶ Utilizar el nacimiento como momento determinante estaría fundado en razones pragmáticas, pero de estas no se concluye que el feto no sea una forma de vida humana plena sin derecho a la vida.⁵⁷ En su voto de prevención el ministro Hernández aclara que el no nacido es un ser humano, “*diverso y único como tal otro ser humano, que ya existe en cuanto tal desde su concepción, con individualidad genética específica*”, y considera que las discusiones acerca si el no nacido es o no persona, no son relevantes para este caso.⁵⁸

Esta postura dividida del Tribunal Constitucional respecto a la titularidad de derechos del no nacido impide dar por superado el precedente del rol 740 que considera como persona a todo ser humano. Concluimos por tanto que tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como la Constitución chilena reconocen como titulares de los derechos fundamentales a las personas, entendiendo por estas a los seres humanos, sin perjuicio que la Constitución también reconozca titularidad a las personas jurídicas, respecto a ciertos derechos que no son de carácter personalísimo.⁵⁹ Por lo tanto, no existiría una contradicción en cuanto a la titularidad de derechos reconocida por ambos textos normativos.

2.2 Normas sobre protección del derecho a la vida

Tanto la Convención Americana como la Constitución hacen referencia explícita a la protección del no nacido dentro de los artículos respectivos al derecho a la vida. El artículo 4 numeral 1.º de la Convención señala que “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción*”. En el numeral 5.º del mismo artículo se agrega que “*No se impondrá la pena de muerte (...) a las mujeres en estado de gravidez*”, lo que enfatiza un reconocimiento de una protección especial de la vida del no nacido.

La Constitución, por su parte, reconoce en el artículo 19 que “*La constitución asegura a todas las personas: 1º El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona*” agregando en el inciso 2º que “*la ley protege la vida del que está por nacer*”.

De una primera lectura, no se perciben diferencias sustanciales en el reconocimiento de protección al no nacido en ambos textos que lleven a pensar que hay una contradicción entre ellos. Para corroborar esto, haremos algunas precisiones respecto a estos artículos.

2.2.1 Protección por ley

El verbo “proteger” se usa en distintas partes de nuestro texto constitucional para entregar un mandato, al legislador o a la autoridad, de dar un mayor resguardo a ciertos grupos, generalmente, más vulnerables.

56 Ibid., Disidencia ministros Peña, Aróstica, Letelier y Romero, considerando 27.

57 Ibid., Prevención ministro Hernández, considerando 1 c).

58 Ibid., considerando 1 a) y c).

59 Así lo han entendido los tribunales de justicia al permitir la legitimación activa de personas jurídicas en el recurso de protección.

El voto de mayoría de la sentencia rol 3729 (3751) consideró que la Constitución no establece la protección de la vida del no nacido, sino que encargaría al legislador –dándole un amplísimo margen– dar dicha protección.⁶⁰ Los ministros que suscriben el voto afirman que las disposiciones constitucionales que hablan de protección no pueden ser interpretadas aisladamente ni obligan a una protección penal, y tampoco permiten sacrificar otros bienes jurídicos.⁶¹ Por esto, si bien el proteger constituye un deber activo, no debería implicar una sobreprotección que llevara al legislador a ir contra la mujer imponiendo su voluntad con el fin de llevar a cabo dicha protección. Cuando la Constitución ha querido hacer primar un derecho sobre otro, lo ha hecho expresamente, lo que no ocurriría en este caso.⁶² El deber de proteger no podría interpretarse como una prohibición, ya que cuando la carta fundamental ha querido expresar prohibiciones lo ha hecho con un lenguaje explícito.⁶³ Por último, la protección de la ley no debería reducirse al ámbito penal.⁶⁴

Esta interpretación del mandato de proteger por ley incurre en varios errores. La Constitución ordena al legislador proteger, no simplemente regular. Por lo mismo, la discrecionalidad del legislador está sujeta a límites. El verbo proteger implica acciones positivas, que van más allá de una actitud pasiva de simple respeto. Requiere amparar, defender, sobre todo a los más débiles, frente a quienes los atacan y atentan contra su vida. Aunque la protección se puede realizar de diferentes maneras, lo que está claro es que excluye dar muerte ya que “*nadie razonablemente puede entender que proteger significa matar al protegido*”.⁶⁵

La mayoría incurre precisamente en el error que denuncia, al interpretar de forma aislada el inciso 2.º del artículo 19 n.º 1. Por una parte, no considera que el legislador estaría obligado igualmente por el artículo 5.º de la Constitución a promover el derecho a la vida.⁶⁶ Sería contradictorio que el mandato expreso del artículo 19 n.º 1 implicara una protección menor que la obligación general del artículo 5.º. Por otra parte, separa de forma forzosa el inciso 2.º del inciso 1.º del artículo 19 n.º 1. Si el artículo 19 n.º 1 trata sobre el derecho a la vida, es rebuscado sostener que el inciso 2.º no se refiere a la protección de un derecho, lógica que no se aplica a ninguno de los otros numerales del artículo 19.⁶⁷ Esta conclusión, además, estaría en conflicto con la norma equivalente de la Convención Americana, que señala “*este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción*”.

Además, las otras múltiples disposiciones en la Constitución que establecen un mandato de proteger⁶⁸ no tienen una connotación neutra como en el caso de disposiciones que usan otros verbos

60 Tribunal Constitucional, Rol 3729 (3751)-2017, sentencia de 28 de agosto de 2017, considerando 46.

61 Ibid.

62 Ibid., considerando 47.

63 Ibid., considerando 55.

64 Ibid., considerando 61.

65 Ibid., Disidencia ministros Peña, Aróstica, Letelier y Romero, considerando 41.

66 Ibid.

67 Ibid., Voto de mayoría, considerando 48.

68 Entre las normas constitucionales en que se habla de que el legislador protegerá se encuentran: el artículo 19 N.º 3, “*La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos*”; el artículo 19 N.º 8, “*La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente*”; y el artículo 52, “*La ley orgánica constitucional del Congreso Nacional regulará el funcionamiento y las atribuciones de las comisiones investigadoras y la forma de proteger los derechos de las personas citadas o mencionadas en ellas*”. Otras normas constitucionales que utilizan el verbo **proteger** son: el artículo 19 N.º 4, “*El respeto y protección de la vida privada y a la honra de la persona y su familia*”; el artículo 19 N.º 10, “*Los padres tienen el derecho preferente y*

al hablar de la ley, como son los verbos regular –recurrente en las normas constitucionales que ordenan dictar leyes orgánicas⁶⁹– reglamentar⁷⁰, establecer,⁷¹ determinar⁷² o señalar⁷³. Precisamente, al examinar las normas constitucionales en su conjunto, podemos precisar que el mandato de proteger exige más que las otras normas dirigidas al legislador.

También es un argumento débil afirmar que la protección del derecho a la vida no implica una prohibición. El artículo 19 N.º 1 siempre se ha entendido como una prohibición de matar al inocente, aunque no se exprese en términos negativos, lo que se aplica a muchos otros derechos que se reconocen en términos positivos. Aquí nos parece relevante la apreciación del ministro Romero en su voto de concurrencia por acoger los requerimientos, en que recuerda que *“la vida de un nonato se identifica con su existencia, y esta no es susceptible de graduación”*.⁷⁴ Es más, respecto del no nacido, el único atributo susceptible de protección es precisamente su vida o existencia,⁷⁵ lo que dificulta bastante otro tipo de protección que la que busque prohibir su destrucción. Por esta razón, la ley en cuestión afectaría la esencia del derecho a la vida del no nacido, afectando el artículo 19 N.º 26.⁷⁶ Respecto a la reducción de la protección al ámbito penal, la ley en comento va más allá de la mera despenalización al tratar el aborto como una prestación de salud y al fundarse el voto de mayoría en el derecho a la salud de las mujeres.⁷⁷

La Convención Americana por su lado utiliza la palabra *“proteger”* o *“protección”* en un sentido equivalente al que hemos detectado en el texto constitucional. Aparte del artículo 4.1 en estudio, otras normas en que se utiliza son el artículo 11.3, *“Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias [arbitrarias o abusivas a su vida privada] o esos ataques [ilegales a su honra o reputación]”*, y el artículo 17, *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado (...) En caso de disolución [del matrimonio], se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.”*

*el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial **protección** al ejercicio de este derecho.”*; el artículo N.º 16, *“La libertad de trabajo y su **protección**”*; el artículo 20, *“[la Corte de Apelaciones respectiva] adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida **protección** del afectado.”*; el artículo 21, *“Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que esta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.”*; el artículo 83 prescribe que al Ministerio Público *“le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y testigos”*.

69 Por ejemplo, artículo 18 de la Ley Orgánica sobre Sistema Electoral; artículo 19 n.º 15 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos, artículo 44 de la Ley Orgánica de Estados de Excepción; artículo 52 y 55 de la Ley Orgánica del Congreso Nacional; artículo 93 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; artículo 95 de la Ley Orgánica del Tribunal Calificador de Elecciones.

70 Artículo 10, *“la ley reglamentará los procedimientos de opción por la nacionalidad chilena...”*.

71 Artículo 19 N.º 7 y N.º 16 inc. 5.º, *“la ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva”*; N.º 16 inc. 6.º, *“La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”*; N.º 18, *“La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias”*; artículo 23, *“La ley establecerá las sanciones que corresponda aplicar a los dirigentes gremiales que intervengan en actividades político partidistas...”*

72 Artículo 19 N.º 16 inc. 4.º, *“La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas”*; N.º 24 inc. 7.º, *“Corresponde a la ley determinar que sustancias (...) pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación.”*; artículo 33, *“La ley determinará el número y organización de los Ministerios...”*; artículo 47, *“La ley orgánica constitucional respectiva determinará el número de diputados”*.

73 Artículo 19 N.º 16 inc. 5.º *“La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio...”*

74 Tribunal Constitucional, Rol 3729 (3751)-2017, Concurrencia ministro Romero por acoger los requerimientos, considerando 24.

75 Ibid., considerando 31.

76 Ibid., Disidencia ministros Peña, Aróstica, Letelier y Romero, considerando 81.

77 Ibid., Voto de mayoría, considerando 103.

La Convención habla de la protección para indicar que esas leyes o disposiciones referentes al derecho a la vida, honra, vida privada y niños, tomen resguardos positivos en favor de esos derechos. Esto va en la misma línea de la repetida jurisprudencia de la Corte Interamericana que ha exigido no solo un deber negativo de respeto a la vida, sino también un deber positivo de tomar todas las medidas necesarias para protegerlo.⁷⁸ No tendría sentido afirmar que la Convención agregó estas disposiciones simplemente para señalar que la ley es la encargada de regular la vida del no nacido o el derecho a la honra o el interés superior del niño. Por eso, consideramos errónea la interpretación dada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo*, según la cual el artículo 4.1. de la Convención otorga al Estados la facultad de regular la protección de la vida, pero no necesariamente un mandato de otorgar dicha protección.⁷⁹ El sentido parece ser más bien el de reconocer que el legislador tiene cierto margen para definir en su legislación los mecanismos para proteger al no nacido y a los niños, los procedimientos relacionados a las violaciones del derecho a la vida privada y la honra, los estándares probatorios, etc. Sin embargo, este margen siempre debe ir en la línea de favorecer y no autoriza a la ley a negar la protección a ciertos titulares de derechos.

2.2.2 El significado de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” en la Convención Americana de Derechos Humanos

Una diferencia de texto entre la Convención Americana y la Constitución chilena es que el tratado citado señala que el derecho a la vida está protegido *en general* desde el momento de la *concepción*, mientras que nuestra carta fundamental se refiere simplemente al no nacido. Consideramos que no hay contradicción de los ordenamientos, ya que la protección del no nacido en nuestra Constitución se debería llevar a cabo desde el momento de la concepción, como se sostuvo en la sentencia rol 740 del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, en el caso *Artavia Murillo* la Corte Interamericana concluye que las palabras “*en general*” se refieren a que la protección de la vida desde la concepción no es absoluta, “*sino gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general*”.⁸⁰ Esta conclusión fue citada por el Tribunal Constitucional en la sentencia rol 3729 (3751).⁸¹ Por esto –aunque de acuerdo a lo señalado en la primera parte del artículo el fallo de *Artavia Murillo* no es aplicable a Chile– explicaré por qué esta interpretación de la Convención me parece errónea.⁸²

78 Corte IDH, “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs Guatemala. Fondo, sentencia de fecha 19 de noviembre de 1999, párrafo 139; Corte IDH, González y otros (“Campo algodnero”) vs México. Fondo, sentencia de fecha 16 de noviembre de 2009, párrafo 245; Corte IDH, Comunidad indígena Xákmok Kásek vs Paraguay, Op. Cit., nota 23, párrafo 187; y Corte IDH, Vera Vera vs Ecuador. Fondo, sentencia de fecha 19 de mayo de 2011, párrafo 41.

79 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, citado por Corte IDH, caso *Artavia Murillo* y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs Costa Rica. Fondo, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012, párrafo 163.

80 Corte IDH, *Artavia Murillo* y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs Costa Rica, Op. Cit., párrafo 264.

81 Tribunal Constitucional, Rol 3729 (3751)-2017, sentencia de fecha 28 de agosto de 2017, considerando 51.

82 Aquí me centraré solo en la interpretación de la cláusula “*en general*”. Para ver una crítica de otros aspectos de la interpretación hecha por la Corte Interamericana en *Artavia Murillo*, ver Bertelsen, S. y Benavides, M. *et al*, “Informe en derecho relativo al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia* y su influencia en la constitucionalidad del proyecto de ley denominado “que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales” acompañado en el expediente del Tribunal Constitucional, Rol 3729-17, fojas 811-836; Ramos-Kuri, Manuel (coord.) *Artavia Murillo vs. Costa Rica. Análisis crítico a la Sentencia de la*

Al analizar la cláusula *en general*, la Corte se aleja del sentido corriente de las palabras de la Convención Americana. Como señala el juez Vio-Grossi en su voto disidente, el sentido de la palabra “*general*” se refiere a “*común, frecuente, usual*”, “*común a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos, aunque sean de naturaleza diferente*”. Entre los significados de los términos “*en general*” están los de “*en común, generalmente*” y “*sin especificar ni individualizar cosa alguna*”, cuyos antónimos son los términos “*particular*”, “*singular*” o “*inusual*”.⁸³ Sin embargo, la Corte señala que el principal significado es admitir excepciones a la regla, centrándose en las exclusiones, en vez de las inclusiones.

Para dilucidar el sentido de la expresión, la Corte se centra en la interpretación histórica. Para esto recurre a los trabajos preparatorios de la Convención, sugiriendo que el objeto de la introducción de la cláusula ‘*en general*’ fue conciliar las diferentes opiniones de los Estados a raíz de legislaciones que permitían el aborto.⁸⁴ Sin embargo, un examen más detallado de los trabajos preparatorios da cuenta que esta conclusión es errada.⁸⁵ Al aprobarse la redacción del texto, el relator de la Comisión sugirió eliminar la cláusula ‘*en general desde el momento de la concepción*’, de modo de equiparar el artículo a su equivalente en el Pacto de derechos civiles y políticos, el cual dejaba la cuestión abierta para no entrar en conflicto con legislación de varios países que permitían el aborto. Sin perjuicio de este antecedente, se rechazó la proposición, lo que indica que no era la intención de los Estados dejar la cuestión de la protección del no nacido abierta, como en Europa. Por ejemplo, el delegado de Venezuela, a favor de la redacción actual, señalaba que “*en cuanto al derecho a la vida, desde el momento de la concepción del ser humano, no puede haber concesiones*”, por lo que consideraba “*inaceptable una Convención que no consagre ese principio*”.⁸⁶ Brasil y Estados Unidos dejaron constancia de una declaración en que consideraban que el artículo 4.1 debía interpretarse dándole un margen a los países para su propia legislación en esta materia. Sin embargo, Estados Unidos no ratificó la Convención y Brasil no expresó esta declaración en la forma de una reserva. Además, aun en caso de haberse mantenido, a una declaración interpretativa no se le puede dar el carácter de general y aplicable a todos los Estados contratantes, sino solo a los países que la realizaron.⁸⁷ Por voto de mayoría, se adoptó el texto que buscaba proteger desde la concepción, correspondiente al texto defendido por Venezuela y contrario al propuesto por Brasil. Como señala Paúl, los trabajos preparatorios, muestran que la redacción del artículo 4 fue producto de una solución de principios, y no de concesiones.⁸⁸

En cuanto a la interpretación sistemática, la Corte analiza una serie de tratados de derechos humanos, tratando de demostrar que ninguno de ellos estaría incluyendo al no nacido como titular de derechos. Sin embargo, esta interpretación también adolece de problemas. Primero, al comparar estos tratados, la Corte no considera que solo la Convención tiene esta cláusula especial que habla sobre la protección de la vida desde la concepción. Segundo, no se hace cargo de interpretar armónicamente los artículos de la Convención Americana. En concreto, no concuerda el artículo 4.1 con los artículos 1 y 3, que declaran que todos los seres humanos son considerados personas y, por tanto, titulares de

Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización *in vitro* (Querétaro: Centro de Investigación Social Avanzada), 2016.

83 Corte IDH, caso Artavia Murillo vs Costa Rica, Op. Cit., páginas 8-9.

84 Ibid, párrafo. 204 y siguientes.

85 Bertelsen. S y García, G., Op. Cit., nota 50, p. 189 y siguientes.

86 Citado por Corte IDH, Artavia Murillo vs. Costa Rica, Op. Cit., párrafo 210.

87 Como la declaración interpretativa realizada por México respecto al párrafo 1 del artículo 4, al ratificar la Convención. Ibid., nota 323.

88 Paul, Álvaro, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, Op. Cit., nota 48, p. 77.

derechos y merecen el reconocimiento de la personalidad jurídica. Tampoco concuerda con el artículo 24, que exige igualdad ante la ley, y por tanto, no permitiría dar mayor protección a los nacidos por sobre los no nacidos, ya que a ambos la Convención les reconoce protección en el artículo 4.⁸⁹

La Corte también hace referencia al objeto y fin del tratado, señalando que la cláusula *en general* “*tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos*”.⁹⁰ A partir de esta conclusión, la Corte hace primar derechos implícitos que deduce a través de una interpretación evolutiva –los derechos de autonomía reproductiva y acceso a servicios de salud reproductiva– y niega la titularidad de un derecho reconocido explícitamente en la Convención, esto es, el derecho a la vida del no nacido.

Esta interpretación es problemática. Una interpretación evolutiva –la cual ya señalamos, es una técnica en sí discutida– solo podría eventualmente usarse para ampliar la cobertura de los derechos, no para reducirlos.⁹¹ Sin embargo, en este caso, la Corte no se hace cargo de que está negando la cobertura de un derecho explícito. Una de las particularidades del derecho a la vida es que está unido íntimamente a la existencia, por lo que, al vulnerarse el derecho, se extingue sin que se pueda recuperar.⁹²

El mayor problema de la interpretación de la Corte de la cláusula “*en general*” es que no solo se limita a definir cuándo podría haber una excepción a la protección del no nacido por ley, sino que redefine quien es el titular de los derechos, yendo más allá de la cuestión controvertida. Siguiendo a Paúl, me parece que la correcta interpretación del artículo 4.1 no afecta el estatus jurídico del no nacido. La primera oración del artículo, “*toda persona tiene derecho a que se respete su vida*”, tiene por objeto declarar que existe el derecho a la vida. La segunda oración, “*este derecho estará protegido por ley y, en general, a partir del momento de la concepción*”, se refiere al derecho a la vida y tiene por objeto imponer una obligación al Estado, no afectar el estatus jurídico del embrión ni expandir o restringir el derecho a la vida. El mandato de proteger se entiende en el sentido que “este derecho” –el derecho a la vida – ya existe.⁹³ Al desconocer la titularidad de derechos del no nacido y reconocerle solo una protección gradual e incremental, la Corte hace superflua e inútil la referencia de la Convención a la protección a partir de la concepción, lo que va contra el principio interpretativo de que las disposiciones de una norma deben ser entendidas de un modo que tengan efecto.⁹⁴

89 Bertelsen, S. y Benavides, M. *et al*, “Informe en derecho relativo al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia...”, Op. Cit., nota 83, p. 21. Me parece que otros errores de la interpretación sistemática de la Corte son: 1.º quitarle cualquier importancia a que la Convención de Derechos del Niño, en su preámbulo se reconozca, la protección del niño, tanto *antes* como después del nacimiento y 2.º la forma en que presenta el caso de la Corte Europea de Derechos Humanos, *Vo vs Francia*. La Corte interamericana lo introduce como un caso “en el que se le tuvo que practicar un aborto terapéutico a la peticionaria por el peligro para su salud producido a raíz de tratamientos médicos inadecuados” sin explicar que el tratamiento médico inadecuado consistía precisamente en que se le había roto el saco amniótico producto de una negligencia médica y que la peticionaria alegaba que el doctor debía responder por la muerte de su hija.

90 Corte IDH, *Artavia Murillo vs. Costa Rica.*, Op.Cit., párrafo 258.

91 Paul, Álvaro, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, Op. Cit., nota 48, p. 79.

92 Bertelsen, S. y Benavides, M. *et al*, “Informe en derecho relativo al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia...”, Op. Cit., nota 83, p. 21.

93 Paul, Álvaro, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, Op. Cit., nota 48, p. 68.

94 *Ibid.*, p. 75.

Me parece que una interpretación más adecuada de la cláusula *en general* debe asumir como regla común, mayoritaria, la protección de la vida desde el momento de la fertilización. Las excepciones a esta regla general no deben hacer inútil la segunda frase del artículo 4.1, y corresponderían a las aceptadas por los Estados que adoptaron la cláusula y que no admitirían el aborto directo. Estas excepciones podrían estar relacionadas con la aceptación de tratamientos médicos de la mujer que tengan como efecto indirecto la terminación del embarazo.⁹⁵ También podrían referirse a los distintos modos en que la ley penal podría regular la materia, pero nunca transformando el aborto en un derecho, ya que entonces la excepción se transformaría en la regla general.⁹⁶

En conclusión, aun si aceptáramos la interpretación hecha por la Corte Interamericana en *Artavia Murillo*, no se concluye de ella que la Convención Americana prohíba la protección del no nacido en aras de la protección de los derechos sexuales y reproductivos. Aun cuando la cláusula “*en general*” se defina como ‘sujeto a excepciones’, no se puede concluir que la Convención exija un derecho al aborto o impida la penalización del aborto. Si bien hay Estados miembros que reconocen en sus ordenamientos internos la licitud del aborto, no se puede deducir de ello que la Convención exija establecerlo en todos los ordenamientos internos. Al contrario, la lectura de la frase “*este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción*” significaría que solo excepcionalmente se permitiría disminuir la protección de la vida desde el momento de la concepción. No es posible deducir derechos y obligatoriedad de una excepción. Por lo mismo, no vemos una contradicción entre el artículo 4.1 de la Convención Americana y el ordenamiento jurídico que prohíba el aborto directo.

3. Conclusiones

Los tratados internacionales y la costumbre internacional son las fuentes de carácter vinculante de derecho internacional público más relevantes en el ámbito de derechos humanos, siendo las únicas que podrían crear obligaciones de derechos humanos para un Estado. Los tratados se incorporan en el ordenamiento chileno a través de la ratificación, trámite a través del cual pasan a ser considerados normas legales, pero nunca de rango constitucional. La costumbre internacional tendría que incorporarse en el ordenamiento a través de la dictación de una ley por parte del legislativo.

Las declaraciones en materia de derechos humanos, así como los documentos emanados de los mecanismos de monitoreo que supervigilan el cumplimiento de los tratados de derechos humanos tienen el carácter de *soft law*, esto es, no son vinculantes. Su influencia puede preceder a la formación de un tratado internacional, y en el caso de proceder de los Estados, ayudar a la formación de una costumbre internacional o servir a definir la práctica ulterior de los Estados para efectos de la interpretación de los tratados.

En esta misma categoría cabe la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, salvo las dictadas directamente contra Chile. A pesar de lo sostenido por la doctrina del

95 Bertelsen, S. y Benavides, M. *et al*, “Informe en derecho relativo al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia...*”, Op. Cit., nota 83, p. 21; Paul, Álvaro, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, Op., Cit., nota 48, pp. 101-103.

96 Bertelsen, S. y Benavides, M. *et al*, “Informe en derecho relativo al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia...*”, Op. Cit., nota 83, p. 22.

control de convencionalidad, las sentencias de este tribunal siguen teniendo efectos relativos y no generan obligaciones para los países que no han sido parte de dicho juicio. Esto ha sido ratificado por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

El derecho al aborto no ha sido reconocido por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, ni por la costumbre internacional. Por otro lado, existe una congruencia entre los textos de la Constitución Política de la República y la Convención Americana de Derechos Humanos respecto al reconocimiento del no nacido como titular de derechos, y a la protección por ley del derecho a la vida del no nacido. La interpretación restrictiva dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la titularidad y la protección del no nacido en la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica* –además de cometer errores de interpretación que fueron señalados en el cuerpo del trabajo– no establece la obligación de reconocer el derecho al aborto.

Bibliografía

- Bertelsen, Soledad “Consensus and the Intensity of Judicial Review in the European Court of Human Rights”, en Arnold, R. y Martínez-Estay, J. (ed), *Rule of Law, Human Rights and Judicial Control of Power* (Cham. Switzerland: Springer), 2017.
- Bertelsen, S. y García G. “La protección del derecho a la vida y el estatus del no nacido en el Sistema interamericano de derechos humanos”, en Bertelsen, S. y Aguirrezabal, M.(ed), *El aborto: perspectivas filosófica, jurídica y médica* (Santiago de Chile: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho), 2015.
- Candia, Gonzalo. “Derechos Implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una reflexión a la luz de la noción de Estado de Derecho”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N.º 3 (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2015.
- Condé, H. Victor. *A handbook of international human rights terminology* (Lincoln: University of Nebraska Press), 2004.
- Contesse, Jorge. “The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A rejoinder to Paolo Carozza and Pablo González Domínguez”. en *International Journal of Constitutional Law*, Volume 15, Issue 2 (Oxford University Press and New York University School of Law), 2017.
- Dulitsky, Ariel. “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights, en *Texas International Law Journal*, Volume 50, Issue 1 (University of Texas School of Law), 2015.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Control de Convencionalidad (sede interna)”, en Ferrer Mac-Gregor, E. Martínez Ramírez, F. et al (coord.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Tomo I*. (México D.F.: Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2014.
- Gammeltoft-Hansen, T. y Lagoutte, S. et al. “Introduction. Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights”, en Gammeltoft-Hansen, T. y Lagoutte, S. et al (ed.) *Tracing the roles of soft law in human rights*. (New York: Oxford University Press), 2016.
- Grover, Anand. “Interim report of Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health”, 3 de agosto de 2011, A/66/254.
- International Law Association, Committee on International Human Rights Law and Practice. “Final Report on the Relationship between General International Law and International Human Rights Law” (72nd Conference of the International Law Association, Rio de Janeiro), 2008.

- Malarino, Ezequiel., “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales”, en Ambos, K. y Malarino, E. et al (ed.) *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. Tomo II.* (Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung), 2011.
- Melgar Rimachi, Adriana, “*El principio pro homine como clave hermenéutica de la interpretación de conformidad: el diálogo entre la Corte IDH y los tribunales peruanos*” (Arequipa: Universidad Católica San Pablo), 2016.
- Nogueira, Humberto. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, en *Ius et Praxis*, vol.9, n.º 1, (Universidad de Talca), 2003.
- Nogueira, Humberto. “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011”, en *Estudios Constitucionales*, N.º 2. (Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca), 2012.
- Orrego, Francisco. “Opinión legal sobre el estatus jurídico de la jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos y su vinculación con la presunta obligación internacional de legalizar el acceso al aborto”, acompañado en el expediente del Tribunal Constitucional, Rol 3751-17, fojas 782-798.
- Paul, Álvaro, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N.º 1. (Universidad de Talca-Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales), 2012.
- Rodly, Nigel S. “The role and impact of treaty bodies”, en D. Shelton (ed.) *The Oxford Handbook of international Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2013).
- Shelton, Dinah. “Soft Law”, George Washington University Legal Studies Research Paper N.º 322, 2008.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Almonacid Arellano y otros vs Chile. Fondo, sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs Costa Rica. Fondo, sentencia de 28 de noviembre de 2012.
- Atala Riffo y niñas vs Chile. Fondo, sentencia de 24 de febrero de 2012.
- Asunto B. Medidas provisionales respecto de El Salvador, resolución de 29 de mayo de 2013.
- Bámaca Velásquez vs Guatemala. Fondo, sentencia de 25 de noviembre de 2000.
- Caballero Delgado y Santana vs Colombia. Fondo, sentencia de 8 de diciembre de 1995.
- Gelman vs Uruguay. Fondo, sentencia de 24 de febrero de 2011.
- Genie Lacayo vs Nicaragua. Fondo, sentencia de 29 de enero de 1997.
- González y otros (“Campo algodónero”) vs México. Fondo, sentencia de 16 de noviembre de 2009.
- I.V. vs Bolivia. Fondo, sentencia de 30 de noviembre de 2016.
- Niñas Yean y Bosico vs República Dominicana. Fondo, sentencia de 8 de septiembre de 2005.
- “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs Guatemala. Fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999.
- Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016 solicitada por la República de Panamá.
- Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado-Alfaro et al.) vs Perú. Fondo, sentencia de 24 de noviembre de 2006.

- Vera Vera vs Ecuador. Fondo, sentencia de 19 de mayo de 2011.
- Xakmok Kásek vs Paraguay. Fondo, sentencia de 24 de agosto de 2010.

Tribunal Constitucional

- Rol 346-2002, 8 de abril de 2002.
- Rol 1288-2009, 25 de agosto de 2009.
- Rol 2387-2013, 23 de enero de 2013.
- Rol 2265-2013, 21 de noviembre de 2013.
- Rol 2703-2016, 26 de enero de 2016.
- Rol 3729 (3751), 28 de agosto de 2017.