

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*.

El cambio constitucional y la necesidad de proteger los derechos relativos a la autonomía reproductiva de las mujeres

Lidia Casas Becerra*

RESUMEN:

Este trabajo discute acerca de la aspiración de las mujeres respecto de la autonomía de los cuerpos, las deudas de la democracia y las limitaciones de la Carta de 1980. Busca discutir las posibilidades de reforma para el reconocimiento constitucional de los derechos sexuales y reproductivos tomando como referente lo ocurrido algunos países de la región. La pregunta es si es necesario un cambio constitucional para establecer una reforma más amplia para la legalización del aborto habida cuenta los procesos de reforma legal en otros países y lo resuelto por el Tribunal Constitucional.

Introducción

En el último lustro, los debates sobre la reforma a la Constitución y los procesos constituyentes, cómo llevarla a cabo, sus mecanismos y eventuales contenidos, han sido acalorados; los calificativos han sobrado -como el de “fumar opio” frente a una Asamblea Constituyente¹- y se han gastado ríos de tinta. El centro de toda esta conversación, a veces presentándose como un diálogo de sordos o de reclamos destemplados sobre las implicancias de adoptar un mecanismo u otro², es un cambio en busca de la legitimidad política para la Constitución. Para algunos el dato del vicio de origen de la Carta Fundamental parece haberse disipado por el sin número de reformas que se han producido desde 1989. Así lo sostiene una corriente de la doctrina al afirmar que *“ha habido una multitud de reformas constitucionales -algunas más sustantivas que otras-, las cuales han permitido una mayor recepción social*

* Abogada, PhD de la Universidad de Ottawa. Profesora e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, directora del Centro de Derechos Humanos de la misma casa de estudio.

1 Bofill, C y Rendic, C, “Escalona y la Constituyente: ‘No nos pongamos a fumar opio’”, La Tercera, 12 de abril de 2012, p. 8.

2 Es interesante cómo Gonzalo Rojas sostiene que la posibilidad de realizar un cambio constitucional a través de una asamblea constituyente, al margen de un acuerdo en el seno del Congreso, sería equivalente a un golpe de Estado, rompería con la prudencia, la necesidad de amplias mayorías para alcanzar acuerdos a través de procesos ponderados. Señala que un proceso de elección de comisionados promovería que cada sector, grupo o facción designe a *“sus iluminados”* [el énfasis es del autor, p. 296] para poder producir un texto. Rojas, Gonzalo, “Asamblea Constituyente: ¿Golpe de Estado?”, *Derecho Público Iberoamericano*, Año 1, No. 2, 2013, pp. 289-299.

de la Constitución. Dichas reformas han sido consensuadas y discutidas por un legislador democrático y han permitido mejoras al sistema político”³, sumadas a frases como “el texto es siempre perfectible y no excluye la sana y legítima discrepancia sobre ciertos preceptos de la Constitución...y pueden haber cambios que le aumente su legitimidad.”⁴ Lo que es claro es que siendo los cambios de 1989 importantes, apenas diluyeron disposiciones altamente restrictivas a la libertad de asociación y expresión y mantendrían incólume la Constitución de la dictadura.

Las enmiendas del año 2005 fueron aplaudidas como si marcaran el término de la Constitución del régimen de Pinochet; algunos se referían a ese momento político como el fin de la transición, y fue tal el entusiasmo caracterizado como un exceso discursivo, cuando los políticos se refirieron a las importantes reformas como una nueva Constitución⁵. A ese momento político, Atria lo calificó como “el papelón” de la Concertación; por un lado, políticos y analistas del gobierno de Lagos calificaban esta transformación como el fin de la transición y de la carta de Pinochet, mientras que la oposición reiteraba que solo eran reformas, importantes, pero que no cambiaban su matriz ideológica ni política.

Sin duda era importante poner fin al sistema tutelado de Pinochet, eliminando los enclaves más autoritarios que, Zúñiga diría, fueron tardías reformas de primera generación que cambiaron el “*estatuto del poder*”⁶. Hay que reconocer que la reforma de 2005 dio a la Constitución un aire de legitimidad parcial, pero de ninguna manera modificó la ilegitimidad de su origen. Luego vendrían las enmiendas de segunda generación, que dicen relación con el sistema político y el cambio al régimen electoral; como señalaba Camilo Escalona, lo más relevante era la modificación al sistema binominal y para ello había que aunar los votos necesarios evitando promover una asamblea constituyente⁷.

De ese segundo paso, por así decirlo, quedó una gran deuda: la exclusión del reconocimiento de la expresión “los pueblos indígenas”, tema que significó en términos prácticos, la lenta aprobación de la reforma⁸. Pero no fueron los únicos temas rezagados de la segunda ola de reformas, sino también aquellos vedados por el “techo ideológico” establecido en el proyecto guzmaniano de 1980. Sus idearios se anclan en el sistema jurídico-político acerca de cómo concebir la familia, el rol del Estado, los derechos sociales, incluyendo los derechos de los trabajadores, y ciertamente las libertades personales, el derecho a la libertad.

Esta doctrina tiene claras implicancias de género, y la pregunta que nos debemos hacer es cuáles son o serían los cerrojos para la equidad de género en materia de reproducción. Para quienes hemos trabajado el texto constitucional desde las mujeres, uno de los más evidentes es la formulación del artículo 19 N.º 1 que constituía y constituye un desafío frente a la autonomía reproductiva de las mujeres.

3 Pffefer, Emilio y Lizama, Felipe, “Estado social y bases institucionales de la Constitución de 1980”, *Derecho Público Iberoamericano*, N.º 7, 2015, p. 121.

4 Ibid.

5 Zúñiga, Francisco, “Constitución del Bicentenario: Reforma Constitucional y Operación Constituyente”, *Sociedad Civil y Nueva Constitución. Hacia un pacto ciudadano para la Constitución que queremos*, (Santiago: Fundación Instituto de la Mujer y Movimiento Pro Emancipación de la Mujer Chilena), 2006, p. 17.

6 Ibid., pp. 15-17.

7 Bofill y Rendic, Op. Cit.

8 Zúñiga, Francisco, Constitución del Bicentenario: Reforma Constitucional y Operación Constituyente”, Op. Cit., p. 18.

Así, la pregunta que animó este texto a finales de 2016 fue si es posible cambiar la ley sobre aborto sin cambiar el texto constitucional. El escenario en la dogmática constitucional era más o menos clara durante los dos primeros decenios de gobiernos democráticos, fiel a un proyecto en el que el texto constitucional sigue un orden normativo de inspiración del magisterio eclesial⁹, y cuya consecuencia es afirmar la condición de persona del nonato y la sacralidad de la vida. Esta visión también ha estado acompañada por una jurisprudencia, en general, acrítica.¹⁰ Es un hecho que las mujeres nos reproducimos y esa sola posibilidad nos sitúa de una forma única frente a la igualdad. La Constitución no ha sido en general leída en clave de igualdad de género, o igualdad sustantiva, pues más allá de nombrar a las mujeres, no es capaz de reducir la subordinación estructural en que nos encontramos. El debate sobre el aborto es solo la punta del iceberg, y aparecía tan solidificado que ni siquiera el cambio climático podría derretir.

La presentación de una ley que permite la interrupción del embarazo en tres causales (IVE) en el 2015 fue amenazada desde sus inicios, cual espada de Damocles, por un requerimiento de inconstitucionalidad a la espera de que la interpretación del Tribunal Constitucional (TC) zanjara, en un sentido u otro, los límites de la Constitución.

Aun cuando ya conocemos el resultado de esa decisión, para muchos la cuestión no estaría resuelta del todo. Por un lado, existe la posibilidad de una reforma más amplia al Código Penal, como la propuesta por la comisión presidencial encargada de la elaboración de un nuevo Código Penal que en 2014 propuso despenalizar el aborto por plazo¹¹. Por otro, la probabilidad de que algunos sectores quieran revertir legislativamente la despenalización en su visión más restringida.

Este trabajo busca establecer: 1. La discusión sobre la Constitución y la aspiración de las mujeres respecto de la autonomía de los cuerpos; 2. Revisar procesos de reforma constitucional en la región con implicancias en la autonomía de las mujeres; 3. Preguntarse si los cambios constitucionales son necesarios a la luz de lo resuelto por el Tribunal Constitucional; y, 4. Qué podemos extraer del fallo del Tribunal Constitucional.

1. La Constitución y la aspiración de cambio

El proyecto constitucional gestado desde finales de 1973 y que se plasma en la Constitución de 1980 no representa las aspiraciones de democracia y ciertamente una igualdad y justicia de género, aun cuando

9 Véase, Bascuñán Rodríguez, Antonio, “La píldora del día después ante la jurisprudencia”, *Revista Estudios Públicos* 95, 2004. Vivanco, Angela, *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, Tomo II, 2ed., (Santiago: Ediciones UC). La autora señala que en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC), el comisionado Ortúzar refería que nuestro texto sería de orientación humanista y cristiana, p. 32.

10 Con algunos matices, algunas cortes han discutido la sacralidad de la vida. Véase, por ejemplo, la situación de una embarazada que se niega a la realización de una transfusión de sangre y que la Corte discute entre la autonomía de la mujer y adopta una medida de consenso para proteger la gestación en caso de que fuese expuesta a riesgos. C.A. de Copiapó, director del Hospital de Copiapó contra Marissa del Carmen Leuquén Tolosa, rol 230-08, 9 de agosto de 2008.

11 Hernández, Héctor, “La legitimidad de las indicaciones del aborto y su necesario carácter de causas de justificación”, *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, Lidia Casas y Delfina Lawson, compiladoras, (Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales), 2016, p. 231, nota a pie 9.

en 1999 haya cambiado su lenguaje para hacerlo inclusivo de las mujeres¹². La legalización del aborto tenía una gran dificultad y era cómo enfrentar su discusión con un texto e interpretación que parece cerrar todo debate.

Las españolas de la transición, luego de la primera Constitución post Francisco Franco, declararon que las aspiraciones políticas de las mujeres no se lograba satisfacer y que esa carta de consenso, no lo era para ellas; estaba “claro que no [era] la Constitución de la Españolas...Se nos dice que tengamos paciencia ... habrá tiempo para todo.”¹³ Estos dichos tienen algo en común con los requerimientos políticos de las feministas chilenas: la Constitución de 1980 pese a las enmiendas de 1989 no era ni es la Constitución de todos y todas. Vale recordar que una parte de la doctrina argumentó que la derogación del aborto terapéutico en 1989 era una consecuencia directa del texto constitucional de 1980. Las mujeres no se plantearon la reforma a la Constitución, los límites de lo posible eran claros, lo que se buscaba era reponer lo eliminado: la posibilidad de interrumpir el embarazo para proteger la vida y la salud de las mujeres.

Al igual que las españolas, a las mujeres que pelearon codo a codo por la recuperación de la democracia en Chile, se les dijo que había que esperar un mejor momento político; sin embargo, el contexto de oportunidad política parecía no llegar porque plantear reponer incluso la figura original del artículo 119 del Código Sanitario corría el riesgo producir fisuras en la coalición de gobierno, entre partidos políticos con proyectos políticos disímiles.¹⁴ Se podría decir, sin equívoco, que tomó más de dos décadas pensar que sería posible la discusión de un cambio.

La respuesta del Estado al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en el 2011, bajo la administración del presidente Sebastián Piñera, respecto de las recomendaciones sobre despenalización del aborto fue clara:

*Sin perjuicio de lo anterior, nuestro país no considerará anticonceptivos y, por ende, no serán parte de ninguna política pública en materia de regulación de la fertilidad, métodos cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto. Por tanto, respecto a las Recomendaciones 19 y 20, se hace presente que nuestro ordenamiento jurídico protege la vida del que está por nacer, encontrándose expresamente prohibido el aborto en todas sus formas.*¹⁵ (énfasis es nuestro)

No obstante, ya en el 2004, la respuesta del gobierno del presidente Ricardo Lagos al mismo Comité daba cuenta de la dificultad política del tema que presentaba como un problema de la oposición, cuestión alejada de la realidad.¹⁶

12 El Mensaje del presidente Frei enviado a la Cámara de Diputados en abril de 1995 promovió la modificación del artículo 1º de la CPE, que expresaba “los hombres nacen libres...”, incorporando “los hombres **y las mujeres nacen libres e iguales**” y, en el art. 19 N.º 2 en su primera parte incorporó una nueva frase: “**Hombres y mujeres son iguales ante la ley**”. Biblioteca del Congreso Nacional, Historia Fidedigna de la Ley 19.611, p. 4. Sin embargo, el artículo 1º quedó redactado “*Las personas nacen libres e iguales...*”, que como se verá ha sido utilizado para dar un sentido político a esa frase.

13 Agustín, M., *Feminismo, identidad personal y lucha colectiva: Análisis del movimiento feminista español en los años 1975-a 1985*, Granada, 2003, p. 409, citado en Souto, Clara, *Principio de igualdad y transversalidad de género*, (Madrid: Dykinson S.L.), 2012, p.19 nota 19.

14 Programa del primer gobierno de transición.

15 La respuesta de Chile al examen de la CEDAW en 2011, que tiene como antecedente la recomendación de despenalización del aborto en algunas causales fue rechazada en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 No. 1 de la CPE: CEDAW, Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Combined fifth and sixth periodic reports of States parties. Chile, CEDAW/C/CHL/5-6, Advance Unedited Version, 11 de marzo de 2011, párr. 124. En: https://www.minmujeryeg.cl/wp-content/uploads/2015/02/CEDAW-C-CHI-5-6_ESP.pdf.

16 “285. En relación al aborto, el gobierno no se ha planteado considerar en su mandato la despenalización del mismo, dado que no existen las

Ciertamente el aborto no es ni ha sido el único tema de discordia en la Concertación de Partidos por la Democracia, y luego su ampliación a la Nueva Mayoría, pero la discusión de la IVE mostró aquella fractura con toda claridad entre partidos y en los partidos, entre los sectores que seguían a pie juntilla la orientación eclesiástica-cristiana de la Democracia Cristiana y un sector humanista que sin renunciar a su origen se acercaba a una propuesta más laica.

Si la transición fue mezquina con las mujeres, podría seguir siéndolo en este nuevo contexto. El proceso de reforma constitucional que se lleve a cabo, o la promesa de llevarlo a cabo cualquiera sea la forma que tome, será una oportunidad para la igualdad de género, y en especial para la autonomía reproductiva para las mujeres, pero también tiene en su seno el potencial de abrir en toda su amplitud la discusión sobre el estatuto del nonato.

Un ejemplo de ello fue que la sola discusión sobre el cambio de giro lingüístico-político respecto de las mujeres permitió para el sector de la derecha conservadora y garante del proyecto de Guzmán la posibilidad de discutir sobre la personalidad jurídica del nonato. En la Cámara de Diputados, los diputados Hasbún, Macaya, Monckeberg (Nicolás), Nogueira, Rathgeb y Torres hicieron reserva de constitucionalidad aludiendo expresamente a este argumento:

“El constituyente ha confirmado el año 1999 que la Constitución -y no sólo la ley protege al niño que está por nacer. En la historia fidedigna del establecimiento de la reforma constitucional que establece la igualdad jurídica entre hombres y mujeres (Ley 19.611), se dejó constancia que el cambio del concepto “hombres” por el concepto jurídico “personas” del inciso primero del artículo 1° de la Constitución, no modificaría la extensión de la protección constitucional a la criatura concebida y no nacida como sujeto de derecho. En efecto, tanto el senador Bombal como el senador Larraín argumentaron, con el objeto de dejar una constancia en actas para la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional que se modifica, que “jamás se podrá desprender de él que, en conformidad a nuestro ordenamiento fundamental, se es persona y, por ello, sujeto de derecho a partir del nacimiento, pues este asunto ya fue zanjado por otra norma constitucional.” Y que “ese hecho no altera la búsqueda de igualdad como objetivo central de la iniciativa y no cambia la noción sobre el término “persona”, que, dentro de la tradición jurídica, ha incluido como sujeto de derecho al que está por nacer.” El acuerdo fue adoptado de manera unánime en la discusión en sala del Senado.”¹⁷

La intención de ir más allá sobre el sentido y alcance de la voz “persona” ha sido un tema recurrente, usándose argumentativamente en el caso de la píldora de anticoncepción de emergencia (PAE) ante el Tribunal Constitucional en 2007, y ciertamente ante este mismo tribunal en la reclamación de inconstitucionalidad de la IVE en tres causales.¹⁸ El voto disidente reitera esta supuesta configuración

condiciones para abordar este tema en el debate público, ni siquiera en relación al aborto terapéutico, el que existió en Chile hasta 1989, el que fue suprimido por el gobierno militar. La cerrada resistencia a analizar un fenómeno que afecta a decenas de miles de mujeres, por parte de los medios de comunicación conservadores, sectores religiosos opuestos a toda referencia a dicha realidad y partidos políticos que comparten las posiciones mencionadas, ha tenido un fuerte efecto en la opinión pública, a lo largo de las tres últimas décadas”. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer CEDAW, Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 18 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer Cuarto informe periódico de los Estados Partes Chile, CEDAW/C/CH/17 de mayo de 2004. En https://www.minmujeryeg.cl/wp-content/uploads/2015/02/CEDAW-C-CHI-4_ESP.pdf. El énfasis es nuestro.

17 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley 21.030, 1. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Informe de la Comisión de Salud. Cámara de Diputados. Fecha 15 de septiembre, 2015. Informe de Comisión de Salud en Sesión 72. Legislatura 363 y la nota de referencia. En <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6701/>

18 En los considerandos 71 y 72 el voto de mayoría lo descarta del rol 3727 (3751)-2017.

del sentido de la reforma, haciendo alusión a que el TC ya lo había hecho en el 2008¹⁹, y el voto de mayoría simplemente lo descarta como supuesta fuente de derecho.²⁰

La discusión sobre las mujeres ha estado marcada, al menos antes de la modificaciones de 2005²¹, por la incorporación de acciones afirmativas a fin de darle contenido a una idea de igualdad que debe ir más allá de la igualdad formal entre mujeres y varones y que se concreta con la presentación del proyecto de ley que busca mejorar la participación política de las mujeres a través del cambio del sistema electoral en el 2014.²²

Posteriormente, la reforma al sistema binominal ha dado paso a la consagración de medidas concretas para asegurar igualdad de oportunidades de las mujeres para ser electas y con evidentes resultados.²³ Pero la inclusión de medidas afirmativas, necesarias para avanzar en la mejora en la representación de las mujeres en los espacios políticos, no desafían los factores estructurantes de una representación paritaria de las mujeres como lo sostiene Iriarte.²⁴ Hay acciones que desde la política pública son importantes sin duda alguna, pero como se preguntaría Fraser, la cuestión decisiva consiste en determinar si es que estas cambian los esquemas del género, si acaso pueden ser transformativas en todas las dimensiones.²⁵

-
- 19 Voto disidente cuyos considerandos 24 y siguientes apuntan a la historia de la reforma constitucional y terminan con tal consagración a juicio de los disidentes en el juicio rol 740/2007. “Considerando 34°. *Que si bien bastaría con mencionar las constancias contenidas en la tramitación de la reforma constitucional del año 1999 para descartar toda insinuación de que el derecho a la vida no se le asegura al que está por nacer, en cuanto titular de derechos fundamentales, cabe recordar que la jurisprudencia previa de esta Magistratura, contenida en la sentencia Rol N° 740, llegó a la misma conclusión. En efecto, en esa sentencia se sostuvo que “queda claro que, para el Constituyente -y a diferencia del examen que pueda desprenderse de normas legales determinadas- el embrión o nasciturus es persona es persona desde el momento de la concepción” (considerando 54).*”
- 20 “SEPTUAGÉSIMOSEGUNDO. *Que lo primero que cabe señalar al respecto es que antes y después de la Ley de reforma constitucional, el texto utiliza la expresión “nacen”. Antes decía “los hombres nacen”. Y ahora dice “las personas nacen”. En este sentido, nada cambió. Enseguida, es necesario sostener que el alcance no es parte del texto constitucional. Puede ser considerado un elemento de interpretación, siempre que no sea contrario a otros preceptos o al propio texto de la Constitución. Asimismo, el alcance en ningún caso puede ser una ley interpretativa del propio texto que se está incorporando a la Constitución y tienen un quórum especial de aprobación (artículo 66). La Constitución se puede interpretar oficialmente a través de este tipo de leyes. Pero requieren dos requisitos importantes. Un quórum especial (artículo 66) y deben ser objeto del control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional (artículo 93 N° 1). Dicha constancia no siguió ese procedimiento. Del mismo modo, la constancia no buscó interpretar el artículo 1° que se modificaba, sino el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución. Buscaba entonces, fijar el sentido y alcance de otro precepto constitucional al que se modificaba (el artículo 1 inciso primero de la Constitución). Eso excede su ámbito.*”
- 21 Arriaza, Alejandra, “En la Constitución que queremos la democracia tiene nombre de mujer”, *Sociedad Civil y Nueva Constitución. Hacia un pacto ciudadano para la Constitución que queremos*, (Santiago: Fundación Instituto de la Mujer y Movimiento Pro Emancipación de la Mujer Chilena), 2006, pp.29-45.
- 22 ComunidadMujer, *Cuotas de género para una mayor representación y un Congreso inclusivo*, Serie Mujer y política 29, mayo de 2014. En <http://dev.comunidadmujer.cl/biblioteca-publicaciones/wp-content/uploads/2014/09/BOLETIN-MyP-Julio-agosto-2014-baja.pdf>
- 23 ComunidadMujer, *Resultados y hallazgos de las cuotas de género en las Elecciones Parlamentarias 2017*, Serie ComunidadMujer 40, noviembre de 2017. En http://www.comunidadmujer.cl/biblioteca-publicaciones/wp-content/uploads/2017/11/BOLETIN-40_cuotas-06.12.pdf
- 24 Iriarte, Claudia, *La ausencia del sujeto mujeres en la configuración del sujeto político. Buscando caminos hacia la igualdad sustancial de mujeres y hombres*, Tesis de doctorado, programa de Doctorado, Facultad de Derechos, Universidad de Chile, 2017. En el mismo sentido, Muñoz León, Fernando, “El rol del derecho en la creación de una sociedad de iguales”, en *Igualdad, inclusión y derecho. Lo político, lo social, y lo jurídico en clave igualitaria*, Fernando Muñoz, editor, (Santiago: LOM y Universidad Austral de Chile), 2013, pp. 21-29.
- 25 Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta*, trad. Magdalena Holguín y Isabel Cristina Jaramillo, (Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes), 1997, pp. 17-54.

Se trata, siguiendo a Zúñiga Añasco, de una débil configuración de ciudadanía sexuada, en que el pueblo es la mitad de esa humanidad.²⁶ Las mujeres, más allá de la mayor representación política, no han logrado permear la agenda política constitucional, al menos en las reformas del 2005 y salvo los cambios al sistema electoral ya comentados, pues los elementos culturales nos mantienen como sujetos sexuados y políticos de segunda categoría frente a la sexualidad y la reproducción, lo que denomino no un déficit, sino una negación de ciudadanía en la esfera reproductiva. La dificultad política de no poder influir en la agenda es propia de la existencia de la construcción de avances políticos graduales, en la medida en que hubieran sido posibles los consensos; al no haberlos alcanzado, el reconocimiento de las mujeres como sujetos morales autónomos frente a su autodeterminación quedó relegada incluso en el mal denominado polo progresista.²⁷ Este progresismo político no consideró la demanda cultural del reconocimiento de las mujeres en toda su amplitud, sino desde las reformas de una igualdad formal que permite nombrarlas como iguales a los hombres en el texto constitucional, no obstante, mantiene aún ejemplos de subordinación de las mujeres en el ámbito familiar (la administración de la sociedad conyugal), pese al acuerdo amistoso alcanzado por Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.²⁸ Por lo mismo, la sociedad civil, y en particular, las organizaciones de mujeres y feministas han puesto en relieve la especificación de ciertos derechos, ya que la igualdad formal no resulta satisfactoria frente a los derechos, necesidades y expectativas de las mujeres en Chile.²⁹ La incorporación o la transversalización del género en el proyecto político de una reforma constitucional ha sido una discusión aletargada y casi invisible. Los planteamientos de reforma constitucional, por los distintos partidos, tienen una escasa visibilidad para la equidad de género en materia de derechos sexuales y reproductivos, salvo algunas excepciones^{30,31,32}.

26 Zúñiga, Yanira, “Ciudadanía y género. Representaciones y conceptualizaciones en el pensamiento moderno y contemporáneo”, *Revista de Derecho* (Coquimbo), vol. 17 No 2, 2010, p. 136.

27 Casas, Lidia, “Ciudadanía y reproducción en Chile”, en *Desigualdad en Chile: la continua relevancia del género*, Claudia Mora, editora, (Santiago: Ediciones Alberto Hurtado), 2013, pp. 221-242.

28 En este sentido parece particularmente irónico la respuesta del Estado a la petición de las hermanas Arce ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la discriminación de iure de las mujeres en la sociedad conyugal. En efecto, el Estado respondió “*El Estado chileno sostiene que la legislación chilena protege los derechos de la Sra. Arce Esparza [y su hermana]. La Constitución de Chile protege el derecho a la igualdad ante la ley. Además, la legislación chilena garantiza expresamente el derecho a la igualdad entre el hombre y la mujer. “[H]ombres y mujeres son iguales ante la ley.” Otra ley chilena garantiza expresamente el derecho de todos al pleno goce de sus derechos a la propiedad. “[Todos tienen] derecho de propiedad en sus diversas especies y sobre toda clase de bienes [de tal manera que] nadie puede ser privado de este derecho...*”. Véase, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 59/03 Petición 71/01, Admisibilidad Sonia Arce Esparza vs. Chile, 10 de octubre de 2003, párr. 21. En <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/Chile071.01.htm>

29 Valdés, Teresa, “Una nueva constitución para las mujeres”, columna publicada por El Mostrador, el 21 de enero de 2014. En <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2014/01/21/una-nueva-constitucion-para-las-mujeres>

30 El programa de gobierno del Frente Amplio, en la candidatura de Beatriz Sánchez, transversalizó el género en cada una de sus propuestas de política pública; expresamente incluyó la incorporación de los derechos sexuales y reproductivos en una futura reforma constitucional. Ver, Frente Amplio, “El programa de muchos. Beatriz Sánchez Presidenta, Frente Amplio”, p. 276. En https://www.beatrizsanchez.cl/bsfa/wp-content/uploads/2017/10/Programa-Beatriz_Sanchez.pdf

31 En el caso del Partido Socialista, en su propuesta de itinerario de reforma constitucional, incorpora cuotas de género para la conformación de los asambleístas. Partido Socialista de Chile, “Propuesta al Partido Socialista de Chile. Un itinerario constituyente para la participación efectiva de la ciudadanía”, s/f., y siguiendo a Francisco Zúñiga, se señalan elementos de reconocimiento respecto de los derechos sexuales, pero con menor claridad que el texto del Frente Amplio. Ver, Zúñiga, Francisco, “Acerca del Estado social y los nuevos derechos en la nueva Constitución”, en *Por una Asamblea Constituyente: mecanismos, procesos y contenidos para una nueva Constitución*, Santiago, F. Quiero y J. Gajardo, comp. (Santiago: CLACSO e ICAL), 2016.

32 En el PPD, la propuesta de proceso de reforma alude al género respecto de la conformación de la Asamblea, pero no respecto de sus contenidos. PPD, “Propuesta asamblea constituyente – PPD”. En <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=102373&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>

Los contextos políticos cambiaron, y de una posición de explícita relegación a la autonomía reproductiva de las mujeres, el programa del gobierno de Bachelet para su segundo período planteó entre algunos temas centrales para las mujeres: asegurar una vida libre de violencia, prohibición de la trata y la esclavitud y la equidad de género, y se manifestó concordante con la idea de consagrar los derechos sexuales y reproductivos.³³ La explicitación de estos últimos, sí mismos, se convirtió en una ganancia, pero como todo programa de gobierno, debe ser llevado a cabo a través de iniciativas concretas.

En las consultas ciudadanas para una reforma constitucional sólo algunos temas aparecen en las conversaciones, uno de ellos es la equidad de género que es mencionada en un 20% de las veces.³⁴ El concepto mismo de equidad de género es amplio, sin conocer exactamente su alcance para muchas mujeres y hombres pueden tener distintas miradas. Significa, por cierto, la prohibición de discriminación en el mundo del trabajo que se traduce, entre otros, en igualdad salarial por igual trabajo; en el ámbito doméstico, la democratización de las responsabilidades de cuidado y crianza entre los sexos, y desde las políticas públicas medidas que colaboren en el cuidado de niños/niñas y personas mayores o dependientes. En la encuesta de la Corporación Humanas de 2016 se preguntó a las mujeres sobre la importancia de incorporar temas específicos de derechos de las mujeres en la Constitución; un 93% respondió que es importante y muy importante que ello ocurra. El más destacado, y enunciado el mayor número de veces, es el derecho a una vida libre de violencia para mujeres y niñas (57%). Sólo en tercer lugar aparece los derechos sexuales y reproductivos (5.3%), después del derecho a la libertad y la autonomía (30.9%). Una pregunta distinta a los temas de relevancia era medir el nivel apoyo a la afirmación de que las mujeres tienen el derecho a decidir cuándo y cuántos hijos tener (82,6%).³⁵ Si se comparan las respuestas por temas de relevancia, y en especial el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, por un lado, y la alta aprobación de la propuesta de ley de despenalización de la ley de IVE, por otro, los resultados parecieran ser contradictorios.

Las preguntas que nos surgen son si acaso la consulta por el aborto no era de relevancia para las mujeres como tema, o, si la IVE no se entiende como parte del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos. Ahora bien, desde el punto de vista metodológico, las preguntas aluden a cosas distintas; aquella sobre relevancia marca una priorización de temas, y no se indaga sobre la interrupción del embarazo sino, más bien, una cuestión política más conceptual. La segunda, en cambio, se refiere directamente a la aprobación de una medida concreta que la ciudadanía entiende en su alcance legislativo. Aun así, la diferencia entre violencia y derechos reproductivos es evidente. Para la ciudadanía, el mensaje de violencia en contra de las mujeres es claro, ya sea por las campañas comunicacionales del gobierno o por las iniciativas de la sociedad civil, la más reconocida sin duda es *#Niunamenos* que sintetiza en una consigna la demanda política de erradicar la violencia en contra de las mujeres. El derecho de las mujeres a su propio cuerpo —reconocimiento de los derechos reproductivos— aparece más bien bajo un manto de sospecha y carece para muchos de contenidos que no sean la interrupción del embarazo. Esa carencia comunicacional, por denominarla de alguna manera, tiene, al menos, una explicación en el esfuerzo político de algunos sectores de limitar tal noción al aborto

33 Zúñiga, Francisco, “Acerca del Estado social y los nuevos derechos en la nueva Constitución”, Op. Cit., p. 190.

34 Comité de sistematización, Resultados fase local Comité de Sistematización Etapa participativa del Proceso Constituyente 22 de julio de 2016. En http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2016/07/Presentaci%C3%B3n-Sistematizaci%C3%B3n-constitucional_Fase-local.pdf

35 Corporación Humanas, “Percepciones de las Mujeres sobre su situación y condiciones de vida en Chile 2016”. Undécima Encuesta. En <http://www.humanas.cl/wp-content/uploads/2016/10/Presentacion-encuesta-humanas-2016.pdf>

y lograr su total su total rechazo; también responde a la imposibilidad de transmitirlos con nitidez en el marco de una agenda política marcada los últimos tres años por la despenalización del aborto en tres causales, ya que su contenido y alcance va mucho más allá de este.³⁶ Qué significa la noción de derechos sexuales y reproductivos, cómo se configuran en el espacio social –más allá de los que ocupan feministas- constituye un desafío, más que conceptual, comunicacional. Entonces, si ello es así, una apuesta por la incorporación de estos derechos al texto constitucional requiere un sustrato de entendimiento social sobre su alcance, e incluso en una conversación sobre la Constitución en el *progresismo*.

La Constitución puede ser vista como una propuesta política-jurídica que revela dos entramados constitucionales, una esfera económica que tiene como eje la centralidad de la subsidiariedad del Estado, y un techo ideológico social que se traduce en la negación de los derechos económicos, sociales y culturales.³⁷ Zúñiga, refiriéndose al techo ideológico, visualiza parcialmente ese proyecto en los temas culturales, especialmente en lo que respecta al reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios, y de algunos derechos civiles asociados a la diversidad sexual y su derecho a contraer matrimonio³⁸. Sin embargo, este autor no alcanza a ver a las mujeres en la dimensión cultural de lo que significa o implicaría una reforma constitucional, y por ello, el ingreso de los derechos sexuales y reproductivos en la agenda constitucional requiere de esfuerzos de envergadura sólo para ser nombrados.

2. ¿Es necesario el cambio?

Lo que más ha ocupado a la literatura especializada sobre la nueva constitución es la forma cómo debe llevarse a cabo ese cambio: es a través de una asamblea constituyente o bien a través del Congreso. Son escasos los trabajos que se dedican a pensar cuál debería ser el contenido de la nueva constitución y sólo se han esbozado algunas ideas. La razón estaría en que el punto de discusión no es del todo su contenido sino la forma en que una comunidad política se da ciertos lineamientos de algunas ideas básicas de cómo debe desarrollarse la vida en común.³⁹ Como dice Mañalich, “*son las bases las que nos importan, en el entendimiento colectivo de nociones tales como ‘soberanía’ ‘nación’, ‘autoridad’, ‘voluntad general’ y ‘ley’, las cuales quedarían situadas más allá de cualquier posible apropiación [por un pequeño grupo].*”⁴⁰ En este sentido, no serían los derechos sexuales y reproductivos *per se* sino una idea más amplia de autonomía, de libertad de las personas para desarrollar su propio plan de vida. Esa serían las bases de las cuales emanen las libertades, pero como bien lo sabemos, estos derechos no sólo reclaman

36 Vale la pena recordar el silenciamiento de los derechos en el debate de la reclamación de inconstitucionalidad en el caso de la anticoncepción de emergencia en el 2008, y el desarrollo de una conceptualización en el voto disidente del ministro del Tribunal Constitucional Vodanovic. Tribunal Constitucional, rol 740-2007.

37 Francisco Zúñiga se refiere a una constitución social y una constitución económica es la esencia de un sistema capitalista que se configuró teniendo como centralidad la subsidiariedad, pero que una reforma posterior exigiría una apertura a lo que denominó el techo ideológico, facilitando los aportes de un constitucionalismo democrático y social, y en particular la recepción de los derechos económicos, sociales y culturales. Zúñiga, Francisco (1), Op. Cit., pp. 20-21.

38 Ibid., p. 24.

39 Mañalich, Juan Pablo, “La democracia como programa constitucional: el lugar de los derechos fundamentales”, en *Propuestas para una nueva constitución (originada en democracia)*, Eduardo Chia y Flavio Quezada editores, (Santiago: Instituto Igualdad, Friedrich Ebert Stiftung y Facultad de Derecho Universidad de Chile), pp. 253-261.

40 Ibid. p. 259.

libertades sino también derechos para asegurar las libertades, ya que de nada nos sirve la elección si no contamos con las capacidades, con el sustrato material para elegir. He ahí una de las cuestiones del techo ideológico de Guzmán porque las condiciones habilitantes tienen mucho de derechos sociales, aquellos que se niegan en el proyecto de 1980.

La reforma constitucional tiene desafíos en dos ámbitos de la justicia: el reconocimiento y la distribución. No es sólo la necesidad de quebrar con un pasado normativo carente de legitimidad, sino también abandonar nociones que buscan petrificar en el texto constitucional una doctrina que se traduce en prácticas políticas que justifican la exclusión de ciertos sujetos políticos. Así, los esfuerzos que se despliegan acompañados por la doctrina que podría ser considerada hegemónica por más de una década, pretenderá mantener “*la inspiración*” cristiana-católica de la Carta. Esa retórica de lo que somos como sociedad, o cómo debemos ser, apareció redificado en un discurso de inspiración religiosa marcado por la participación de las iglesias evangélicas sumadas a las elites católicas que hicieron presentaciones ante el Tribunal Constitucional, que buscaron dar un sentido de inamovilidad a los valores que, a su juicio, encarna la Constitución. A la postre son intentos antidemocráticos por excluir a ciertos grupos o colectivos o sus legítimas aspiraciones.

El debate acerca del matrimonio y unión civil de la diversidad sexual es elocuente en este sentido: “*La institución del matrimonio homosexual es también contraria a la constitución política, porque ella declara a la familia el núcleo fundamental de la sociedad (art. 1º inc. 2º), y dice que el Estado debe protegerla y propender a su fortalecimiento, y aunque la Constitución no define la familia como basada en el matrimonio de hombre y mujer, ello se supone por ser de la naturaleza de las cosas, como cuando la Constitución protege la propiedad, se supone que prohíbe una ley que permite cobrar lo que ya está pagado, aunque no lo diga*”⁴¹. Esas afirmaciones han reducido su impacto o la animosidad en contra de colectivos excluidos o marginados por su orientación e identidad sexual, por la aparición pública de un proyecto liberal de derecha que ha empujado las libertades y el reconocimiento en este sentido.⁴² Algo distinto ha ocurrido con los temas de reproducción donde escasos personeros, o más bien mujeres en la derecha liberal, están dispuestas a levantar su voz por la autonomía reproductiva de las mujeres.

Si debemos pensar el cambio, uno de los posibles ejes de conversación estaría planteado desde los valores de la Constitución y de la Nación, y ciertamente el debate sería la definición de esos valores y su impacto sobre el contenido y alcance del derecho a la vida. Advierto que tal conversación ya estaba anunciada, y el ministro del Tribunal Constitucional Cristián Letelier la hizo patente cuando preguntó al abogado representante de las Cámaras, Francisco Zúñiga, durante la vista de la causa del requerimiento de la ley de IVE en tres causales sobre los valores de la Constitución y el alcance de una reforma más allá de las tres causales. Así la pregunta perspicaz quedó planteada de forma estratégica buscando confirmación en una voz autorizada en la doctrina progresista de cuál es el proyecto “valórico” de la Carta de 1980 y las implicancias de la liberalización del aborto sin causales. Zúñiga reitera que, dado el marco constitucional, no sería viable la despenalización del aborto a secas. Así, Letelier queda complacido, las reglas del juego no pueden cambiar e ir más allá de lo que se discute, a menos que haya un cambio constitucional.

41 Ugarte, José Joaquín, “Matrimonio de homosexuales y uniones civiles”, *Ius Publicum*, N.º 29, 2012, p. 35.

42 Tal es el caso del rol que ha cumplido Evópoli al interior de Chile Vamos. Ver Carreño, Camilo, “Evópoli lanza propuesta constitucional y se desmarca de idea de fortalecer al Estado”, 27 de mayo de 2016, en <http://www2.latercera.com/noticia/evopoli-lanza-propuesta-constitucional-y-se-desmarca-de-idea-de-fortalecer-al-estado/>

Hasta la expedición del fallo del Tribunal Constitucional, las opiniones de quienes están en contra de la ley IVE, es que el texto de la Constitución no permite el aborto en ninguna de estas hipótesis. Pasaremos de largo la discusión sobre el aborto indirecto. Argumentaron que dar otra lectura a la Carta, en el sentido de permitir una ley de aborto, no es correcto, ya que la vida en gestación tiene un reconocimiento constitucional de persona, y que los partidarios de la ley debíamos propender a la reforma constitucional.⁴³ La decisión del Tribunal Constitucional de 2008, rol 740-2007, daba argumentos para sostener aquello, pero como afirmamos, eso no excluía una manera distinta de interpretar la cláusula sobre el derecho a la vida.

Patricio Zapata, en su presentación ante la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados sostuvo que la pregunta es si el proyecto de ley se ajusta a los marcos jurídicos de la Carta actual -no la que hipotéticamente se pretende, sino la vigente-, y convocó a interpretar su texto desde los principios constitucionales y no a partir de su historia fidedigna⁴⁴. Explicó que, como mínimo, la Constitución Política establece en el artículo 19 No. 1 que la ley protege la vida del que está por nacer, lo cual no parece ser un marco definido, pues no se sabe cuánto la protege, cómo la protege y hasta qué punto.⁴⁵ La cuestión es, entonces, cuáles son esos valores constitucionales, y lo que nos recuerda el voto de mayoría de la decisión sobre la ley IVE es que no existe una única manera de interpretar la Constitución.

La experiencia en las Américas frente a procesos constitucionales ha sido muy variada, y con resultados igualmente disímiles frente a la enunciación de derechos sexuales y reproductivos y en especial al aborto.⁴⁶ Vale recordar que la adopción de reformas constitucionales promovidas por gobiernos de izquierda en América Latina no garantiza o impulsa cambios a las leyes restrictivas sobre aborto, como ha sido en Ecuador o Venezuela⁴⁷. Las alusiones durante la tramitación al proyecto de ley IVE al ex presidente del Uruguay, Tabaré Vázquez, militante del Frente Amplio, fue un recordatorio a que el progresismo podía y debía estar en contra del aborto. De la misma manera, otros recordaron que ser de derecha no significa impedir su legalización, como en Francia lo hizo Valéry Giscard d'Estaing en 1975.

La Constitución de 2009 del Estado Plurinacional de Bolivia es la única que explicita el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos⁴⁸, y prohíbe en su texto la discriminación por orientación sexual, mientras que la de Ecuador, si bien se refiere a la garantía de esos derechos y ejemplifica, dista mucho de reconocer la interrupción del embarazo entre ellos⁴⁹. La reciente aprobación

43 Así lo sostuvo la Fundación Jaime Guzmán en estrados ante el Tribunal Constitucional, y también en esa línea el abogado Claudio Alvarado, representante de Res Pública, quien planteó que *“quienes desean legislar en la materia deben avanzar a una reforma constitucional porque es inconsistente el tenor específico del proyecto de ley con la disposición referida”*. <http://www.pulso.cl/actualidad-politica/los-argumentos-se-esgrimieron-jornada-audiencias-tc-proyecto-aborto/>

44 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley No. 21.030, 1. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, 1.9. Informe de Comisión de Constitución. Cámara de Diputados, 9 de marzo, 2016. Informe de Comisión de Constitución en sesión 1. Legislatura 364. En: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6701/>

45 Ibid., sesión del 14 de octubre de 2016.

46 Corporación Humanas, *Cambios constitucionales y derechos humanos de las mujeres. Por un proceso constituyente inclusivo, participativo y paritario*, (Santiago: Corporación Humanas), 2016. En <http://www.humanas.cl/wp-content/uploads/2017/10/Libro-CambiosConstitucionales.pdf>

47 Véase el texto de Gloria Maira en esta misma obra.

48 *“Se garantiza a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos.”* (art. 66)

49 *“El Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y el derecho a licencia por paternidad. Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de*

en septiembre de 2017, previo a una declaración de inconstitucionalidad, de una reforma al Código Penal en Bolivia muestra los claros y oscuros de las declaraciones, ya que amplía las excepciones en el Código (antes se permitía por riesgo de salud y violación) y actualmente lo permite además cuando la gestante es una menor de edad, cuando la mujer vive una situación de extrema pobreza, cuando tiene tres o más hijos y no puede mantenerlos, y deja en cualquier otra hipótesis aborto como un delito⁵⁰. A decir verdad, en todos los países en que se ha legalizado el aborto, este se mantiene como delito cuando se realiza fuera de las condiciones impuestas por la ley, la causal o el plazo.

En algunos países de América Latina se han realizado modificaciones legales al aborto que no han involucrado necesariamente una interpretación constitucional o reformas constitucionales. Tanto en Ciudad de México como en Uruguay se llevaron a cabo enmiendas legales liberalizando la ley⁵¹ que no tenían como relato auscultar el texto constitucional para ver los límites de la reforma. Al mismo tiempo, son pocos los países donde se cuestiona sus textos legales restrictivos a la luz de la Constitución a fin de reducir las barreras impuestas por la ley. Esa ha sido la experiencia de Colombia que en el 2006, a partir de una demanda de inconstitucionalidad la Corte Constitucional, declaró inconstitucional que el aborto no fuese permitido en caso de riesgo de vida o salud de la mujer, cuando el feto padezca de una malformación y cuando el embarazo sea producto de violación o incesto.⁵² En el caso de Argentina, a través del litigio, la Corte Suprema, ha interpretado la figura de aborto no punible en caso de violación que se había limitado a “*mujer demente*”, en el lenguaje de Código Penal, a toda niña, adolescente o mujer que enfrente una gestación producto de una violación precisamente por una situación de igualdad ante la ley y del análisis sistemático del propio Código.⁵³ En México, la decisión de la Suprema Corte de Justicia se refirió a la Constitución y a la Convención Americana de Derechos Humanos luego de la solicitud de inconstitucionalidad interpuesta a la ley que legalizó el aborto por plazo. Es decir, en más de una década la experiencia de la región ha tenido sus matices, y en cada uno de ellos, los tribunales o sus legislaturas han debido afrontar cómo los cambios legales armonizan con sus textos constitucionales de protección a la vida, y la cláusula de protección del derecho a la vida de la Convención Americana.

Además de Bolivia, se han producido cambios o intentos de cambios en países diversos como Honduras, República Dominicana y Chile, con resultados divergentes. En el primero, en la reforma al Código Penal logró instalarse la mera discusión del cambio a la prohibición total del aborto, lo cual es visto por las organizaciones de mujeres como un avance en sí mismo. La experiencia de República Dominicana fue distinta; el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la aprobación lograda

gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos.” (art. 332)

50 Se restringe la utilización del aborto legal de ciertas hipótesis –pobreza y número de hijos– por única vez. Véase el trabajo de Gloria Maira en esta obra.

51 En el caso uruguayo se puede revisar, Correa, Sonia y Pecheny, Mario, *Abortus interruptus. Política y reforma legal en el Uruguay*, (Montevideo: MYSU e IWHC), 2016. En <https://www.issuelab.org/resource/abortus-interruptus-politica-y-la-reforma-legal-del-aborto-en-uruguay.html>. En México, Lamas, Marta, *El largo camino hacia la ILE. Mi versión de los hechos*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Programa Universitario de Estudios de Género), 2015.

52 Corte Constitucional de Colombia, C-355/2006, 10 de mayo de 2006.

53 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”, 13 de marzo de 2012.

en el Congreso que despenalizaba el aborto en ciertos casos.⁵⁴ En Chile, luego de un largo proceso⁵⁵, se modifica la ley para despenalizar el aborto en tres causales específicas pese a la fuerte oposición académica y política que argüía que la despenalización requería un nuevo texto constitucional.

Dixon y Bond argumentan que las decisiones importantes sobre la legalización del aborto en diversos países del mundo occidental no se hacen con una referencia expresa a lo que ellas denominan derechos constitucionales con mayúscula.⁵⁶ Estos derechos con mayúscula se relaciona con la tesis de que no es necesario incluir todo en un texto, pues de otra manera no permite flexibilidad ni rápida adecuación entre distintos niveles de normas, “entre más se escribe [en la Constitución], más se petrifica su regulación. Entre menos, más poder para legisladores y para jueces.”⁵⁷

Así, Correa Sutil critica el programa de la Nueva Mayoría sobre la regulación -o más bien declaración- de relaciones familiares en el texto constitucional en el sentido de que se establezca el derecho de mujeres y hombres de vivir una vida libre de discriminación y violencia. Postula su escepticismo y que esto, siendo relevante, debe quedar reservado a la ley⁵⁸. Aunque no lo ha escrito, también lo ha expresado respecto del aborto o los derechos reproductivos.

Irving, que desde una óptica distinta podría estar de acuerdo con Correa Sutil, sostiene que priorizar un anclaje constitucional deja a la suerte del litigio constitucional con los consabidos problemas de acceso ejemplificado en la experiencia de Canadá con LEAF⁵⁹, y podríamos decir que en Chile el estudio de Figueroa y Gómez apuntaban a lo mismo hace casi dos décadas⁶⁰. La reforma que no se hace cargo de las condiciones habilitadoras no da sustento a tener derechos en la práctica y no sólo a partir del formulismo simbólico⁶¹. Es decir, el gran marco de libertades en el sentido de Mañalich puede quedar cojo, y la amplitud de las declaraciones vacías.

Se da por sentado que la estrategia de la enumeración, nombrar, es muy útil, pero tiene la limitación de quedarse en un listado de derechos que se ponderan entre sí porque compiten por recursos limitados, y por interpretaciones restrictivas o amplias. Por lo mismo, Irving señala que una propuesta liberalizadora o garante debe ser complementada más que buscar en un solo lugar la respuesta. También

54 Una de las organizaciones requirentes, Fundación Familia Feliz, señaló ni la Constitución, ni los Tratados sobre Derechos Humanos, dan espacio a la despenalización del aborto salvo el exclusivo caso del aborto terapéutico. Lo argumenta a partir de la disposición constitucional de inviolabilidad de la vida desde la concepción hasta la muerte natural consagrada en el art. 37 de esa carta. Los argumentos relativos a la constitucionalidad de la ley aprobada por la Cámara de Diputados no fueron resueltos, ya que el Tribunal Constitucional determinó que se infringieron las normas de tramitación legislativa. Tribunal Constitucional, SENTENCIA TC/0599/15, 17 de diciembre de 2015.

55 En todo caso menor que la tramitación de la aprobación del divorcio.

56 Dixon, Rosalind y Bond, Jade, “Constitutions and reproductive rights: convergence and non-convergence”, en *Constitutions and Gender*. Helen Irving (Ed.), (Chicago: Edward Elgar Publishers), 2017, p. 438.

57 Correa Sutil, Jorge, “¿Cuántos y cuáles Derechos Económicos, Sociales y Culturales debieran asegurarse constitucionalmente?”, en *Políticas Públicas con enfoques de Derechos Humanos. Actas X Jornadas Constitucionales Temuco 2014*, (Temuco: Universidad Mayor), 2015, p. 112. En clara oposición a esta tesis, véase el artículo de Alejandra Zúñiga también en esta obra.

58 Correa Sutil, Jorge, “¿Cuántos y cuáles Derechos Económicos, Sociales y Culturales debieran asegurarse constitucionalmente?”, Op. Cit., p. 112.

59 Irving, Helen, *Gender and the Constitution. Equity, Agency in Comparative Constitutional Design*, (Cambridge: University Press), 2008, p. 163.

60 En el mismo sentido, Cabal, Luisa, Lemaitre, Julieta y Roa, Mónica, *Cuerpo y Derecho*, (Bogotá: Universidad de los Andes y Temis), 2001.

61 Irving, Helen, Op. Cit. pp. 163-164.

argumenta que la constitucionalización congela el lenguaje de los derechos y no permite darle nombre a las experiencias cotidianas de discriminación que sufren algunos colectivos o personas. Lo que hace el texto sudafricano es abrir su compuerta en la Constitución, en que señala que se protegen todos los derechos enunciados junto a toda otra legislación, costumbre o *common law* que confiera derechos.⁶² En este mismo sentido, un nuevo texto constitucional alienta los anhelos de nombrar experiencias cotidianas, un lenguaje particularmente cercano e importante en la academia feminista y que permite dar sentido y concreción a los derechos a través de la judicialización. Pero, como dije, el sólo llegar a nombrar la posibilidad de inclusión los derechos reproductivos en el texto constitucional constituye en sí mismo una hazaña política, aunque creo que aún estamos lejos de aquello.

Siguiendo a Restrepo, el proceso constitucional en Colombia que condujo a la carta de 1991 abrigó la esperanza entre los colombianos que la consagración, establecimiento derechos y garantías sería un camino para la consolidación de una sociedad más justa y de alcanzar los anhelos de paz; al mismo tiempo, está claramente consciente que la elaboración de un texto y su posterior adopción no conduce necesariamente a cambios sociales que están a la base de las demandas de justicia social.⁶³ Esa visión instrumentalista de la relación entre derecho-norma-y-cambio social es contrapuesta, no en la concreción misma de las aspiraciones sino en la forma que los colombianos piensan, modulan sus conflictos, los problemas que atañen a sus derechos fundamentales, que el autor denomina perspectiva constitutiva.⁶⁴

Se podría decir que los colombianos hicieron propio el texto constitucional, lo utilizan y no es mera pieza de museo para ser observada desde un anaquel. Su riqueza está en cómo los colombianos han demandado y exigido el cumplimiento de derechos con algunos parámetros establecidos en el texto. Ahora, una cosa es el texto, y otra la arquitectura sobre la cual descansa un entramado normativo y los actores que pueden hacer suyo el discurso a través de acciones concretas. En este caso, el texto constitucional ha sido traducido por una sociedad civil que litiga, y tiene confianza en la labor de los jueces, y por otro, integrantes de un tribunal constitucional que corporativamente asumió un rol activo de buscar satisfacer las aspiraciones transformativas a través de su labor jurisdiccional.⁶⁵ Aquí se entrelazan dos fuertes ingredientes, y que sumado a un contexto de desconfianza y deslegitimidad del sistema político, busca en las cortes concretar aquellas aspiraciones que no son posibles en la arena política. Así, sin la composición de un tribunal constitucional en su primera etapa que creyera en los anhelos que encarnaba la Constitución, sin el componente de litigio estratégico de la sociedad civil, es posible que la carta magna de 1991 y su lectura hubiese sido menos importante de lo que es, y el texto se hubiera quedado en eso, sólo un papel, en que se plasman visiones, aspiraciones y expectativas que, en los hechos, están lejos de materializarse.

En el caso chileno, la discusión debe ser más matizada y contextualizada. Por un lado, nos encontramos en una situación de disconformidad con la existencia de un Tribunal Constitucional que, en los hechos, se transforma en una cámara legislativa sin la legitimidad democrática y con importante grado de cuestionamiento de la idoneidad de sus miembros; por otro lado, está la desconfianza a los partidos y la forma de funcionamiento de la democracia. El pecado de origen de la Constitución de 1980 radica en que las personas, *los ciudadanos de a pie*, consideran que cierto orden de cosas deben cambiar.

62 Irving, Helen, Op. Cit. pp. 165-166.

63 Restrepo, Esteban, "La constitucionalidad de la vida cotidiana", en *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, (Buenos Aires: SELA), 2002, pp. 76-80.

64 Ibid., p. 80.

65 Ibid., pp. 77-78.

La Encuesta de Desarrollo Humano del año 2013 encontró que 66% de las personas encuestadas afirma que Chile necesita cambios específicos profundos en la Constitución, y 20% considera que los cambios deben ser moderados.⁶⁶ Entonces, se cambia el texto por uno nuevo, que debe establecer el marco de nuevos valores democráticos, en que se fijen nuevas reglas, entre otras, para el control preventivo de ley ante el Tribunal Constitucional, los requisitos y la forma de integración de sus miembros que aliente una cultura legal y política respetuosa de los derechos de las mujeres y su autonomía.

Las propuestas de cambios, de producirse, deben dejar abiertas las puertas de la interpretación constitucional, o la complementariedad con normas infra constitucionales. El profesor Agustín Squella nos recuerda que la Constitución no puede ser el único escenario para resolver cada uno de los desacuerdos que hay en una sociedad. De hecho, tenemos muchos disensos sobre cuestiones mal denominadas valóricas, por ejemplo, cómo concebir el matrimonio, si incluye o no a las parejas del mismo sexo, y se debiera permitir que estas puedan adoptar; o, diferencias sobre política pública, entre estas, si la educación superior debe o no ser gratuita. Estos son sólo ejemplos, pues a su juicio *“la Constitución no es un programa de gobierno, sino un marco en el que cualquier mayoría puede gobernar [...] Una Constitución debe establecer las reglas generales del juego, más no jugarlo de antemano y enviar a camarines a los que en el marco de sus principios y normas tienen la tarea de continuar la producción, aplicación e interpretación del Derecho y con la adopción y puesta en práctica de políticas públicas. Una Constitución, sin perjuicio de las legítimas y relevantes opciones que puede y debe realizar en las materias que le son propias, no debe imponer un punto de vista y la posibilidad de que todos ellos confluyan en el espacio público y disputen las preferencias de los ciudadanos. Toda Constitución, en fin, debe respetar el espacio que le corresponde al legislador y no jubilar de antemano a este como órgano de producción de Derecho ni atarlo excesivamente de manos más aún con un Tribunal Constitucional que -llamado al control de las leyes- suele transformarse en una instancia legislativa superior y decisiva; con nula transparencia en la designación de sus integrantes y completa ausencia de control público sobre la idoneidad de quienes aspiran a formar parte de él.”*⁶⁷

3. Qué podemos esperar de las interpretaciones constitucionales y el fallo del TC

Muñoz nos recuerda que el sistema jurídico moldea una cierta estructura social en que se reparten cargas, hay distribución de bienes, no sólo materiales sino también de dispositivos que permiten mayor inclusividad social y política de los miembros de una comunidad, por lo que estar o no estar nombrados colabora en los procesos de inclusión.⁶⁸ Las omisiones pueden ser más desafiantes pues obligan a pensar si el silencio obedece a deseos expresos de un constituyente, o, a un olvido que no tenía por propósito el menosprecio o la exclusión. Cualquier acto posterior de reconocimiento tendrá que trabajar con los dispositivos jurídicos que permitan construir una tesis fuerte de inclusión.⁶⁹ Susan Turner aborda la cuestión sobre los alcances

66 PNUD, *Informe de Desarrollo Humano 2015*, Santiago, 2015, p. 91. Lideran la necesidad de cambios el sistema de seguridad social (pensiones con un 81%) y de salud (79%).

67 Squella, Agustín, “Desacuerdos constitucionales”, en *Cambio Constitucional en Democracia*, Ministerio Secretaría General de la República, 2015, p. 30.

68 Muñoz León, Fernando, “El rol del derecho en la creación de una sociedad de iguales”, en *Igualdad, inclusión y derecho. Lo político, lo social, y lo jurídico en clave igualitaria*, Fernando Muñoz, editor, Santiago: LOM y Universidad Austral de Chile, 2013, pp. 21-29.

69 Las sufragistas de distintos espacios y tiempos debieron considerar cuestionar que la expresión “todos los hombres son iguales ante la ley” no incluyó a las mujeres, sino que por el contrario expresamente tuvo un propósito de exclusión. Los esfuerzos fueron darle un sentido a lo que significaba la igualdad para todos, sin cambiar el texto de la Constitución.

de una reforma frente a la igualdad y respecto del derecho de familia. Para la autora, no hay respuestas tajantes en el sentido de tomar postura para evaluar la necesidad de reformar el texto de la Constitución ya que indica que la igualdad ha irradiado el derecho de familia moderno, ayudado precisamente por la incorporación de los tratados internacionales que Chile ha suscrito y que regulan las relaciones familiares de una manera muy distinta a los cánones decimonónicos del Código Civil. Así, la transición que hemos experimentado desde la década de los noventa, aun cuando a contrapelo de similares sectores que se opusieron a los cambios que se dieron en aborto, se produce con un texto constitucional que no se ha modificado en lo atingente al reconocimiento de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.⁷⁰ Ahora, también es posible hipotetizar que, de haber tenido un tribunal constitucional con las facultades de control preventivo, las reformas legales habrían sido igual de pedregosas y con resultados inciertos dependiendo de la composición del tribunal. La discusión sobre matrimonio igualitario sería una nueva prueba para el Tribunal Constitucional considerando que el rechazo de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil no zanja de manera alguna la discusión sobre la exclusión a las parejas del mismo sexo, y deja planteada el debate sobre su constitucionalidad, pues señala que la materia es propia de la reserva legal y no un problema de constitucionalidad.⁷¹ Es decir, el Tribunal Constitucional chileno hace algo distinto a la corte colombiana ya que dispone que ciertas materias son parte de una deliberación democrática y por ello, pudiéramos decir, que fortalece la política.

Es posible considerar que sin reforma constitucional, o dicho de otra manera, sin reconocimiento expreso constitucional, puede haber un derecho al libre ejercicio de la sexualidad y reproducción. La cláusula que expresa que hay un reconocimiento a la protección legal de la vida en gestación pareciera negar la posibilidad de tal derecho. Sin embargo, la lectura que hizo la mayoría en el Tribunal Constitucional no advirtió que ello fuese un obstáculo, al menos, en esas tres causales.

Por otra parte, la existencia de una norma en el texto constitucional que afirme el valor supra legal de los tratados internacionales, y que expresamente incluyan aquellos que reconocen y detallan la igualdad de derechos de mujeres, no es una condición *sine qua non* para leer la Constitución bajo su mejor luz o prisma reconociendo la igualdad en cuanto a los derechos reproductivos. Esa es la experiencia costarricense que otorga a los tratados un rango superior y, pese a ello, la Sala Constitucional de la Corte Suprema creada en 1989 determinó que el derecho a la utilización de técnicas de reproducción asistida, en especial la fertilización in vitro, debía ser leída desde la protección a la vida en gestación y no desde la autonomía reproductiva de las personas.⁷² Esta lectura limitando los derechos reproductivos fue a posterior de la interpretación conforme a la Constitución que la regulación de esterilización debía estar precedida del consentimiento de la pareja involucrada y que no violaba los derechos de las mujeres porque tampoco hacía distinciones respecto de los varones.⁷³

70 Turner Saelzer, Susan, "Relaciones igualitarias al interior de la familia", en *Igualdad, inclusión y derecho. Lo político, lo social, y lo jurídico en clave igualitaria*, Op. Cit., pp. 167-168.

71 Tribunal Constitucional, rol 1881-10 INA. Véase los comentarios del profesor Luis Silva de la Universidad de los Andes en Chile en torno a los votos disidentes que reiteran las diferencias significativas entre mujeres y hombres que justifican un tratamiento diferenciado en el contrato de matrimonio. Silva Irrazábal, Luis A., "La constitucionalidad del artículo 102 del Código Civil ante el Tribunal Constitucional. Comentario crítico del requerimiento de inaplicabilidad fallado en la sentencia rol no 1.881, de 3 de noviembre de 2011", *Ius et Praxis*, Vol. 12 N.º 1, 2012, pp. 457-482.

72 Facio, Alda, Jiménez, Rodrigo y Morgan, Martha, *Gender Equality and International Human Rights in Costa Rica, The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Beverley Baines y Ruth Rubio-Marín (ed.), (Cambridge: University Press), 2005, pp. 116-121.

73 La Corte consideró que la norma obligaba a hombres y mujeres por igual, no estableció que los efectos fácticos de la norma fueran distintos ya que los hombres pueden realizarse una vasectomía en el marco de la privacidad de una consulta médica, mientras las mujeres requieren de una intervención médica en un centro hospitalario en donde se exigirán los consentimientos.

Facio, Jiménez y Morgan tienen esperanza en la reforma constitucional de 1999 que incluyó los tratados internacionales de derechos humanos con rango supra legal y que promovería la igualdad de género. Sin embargo, dejan planteado el potencial, pues las sentencias dejan al descubierto que la interpretación de las normas puede ser restrictiva de los derechos de las mujeres. Efectivamente, la declaratoria de inconstitucionalidad de la Sala Constitucional del decreto sobre técnicas de reproducción humana da cuenta de ello, afirmándose solamente en la norma general de protección al derecho a la vida.⁷⁴

La mera inclusión de tratados de derechos humanos, su integración al ordenamiento no resuelve la cuestión pues la objeción/disputa actualmente se radica en el sentido de los tratados sobre el derecho a la vida prenatal.⁷⁵ Tanto la postura del profesor Álvaro Paul⁷⁶ como la de Angélica Benavides⁷⁷ descarta el derecho a la interrupción del embarazo, pero de ello no pueden desconocer que los tratados han sido interpretados por los órganos de derechos humanos en el sentido de que toda restricción del aborto es una violación a los derechos de integridad, salud, privacidad de las mujeres. El *locus* de discordia radica en el hecho de que niegan todo valor a la interpretación de esos tratados en su condición de *soft law* y, al igual que argumentan respecto del texto constitucional, dar otro sentido a los tratados de derechos humanos, en especial a la Convención Americana, implica que esta debiera ser modificada.

El voto de mayoría hace referencia a los tratados, y enumera aquellos elementos de los cuales no se hará cargo, *inter alia*, la jerarquía de los tratados o de la vinculación de la interpretación de los tratados, pues “[E]stos asuntos están lejos de la controversia medular”.⁷⁸ Pese a la declaración y aún sin hacer un control de convencionalidad, como lo señala la profesora Henríquez en esta misma obra, alude a ellos en el considerando décimo cuarto, donde revisa el derecho comparado, las decisiones de otras jurisdicciones y menciona el caso Artavia Murillo. Concluye que un mandato de protección no es sinónimo de criminalización. A su vez, afirma que la legislación que promueve y protege los derechos de las mujeres ha caminado al igual que los tratados internacionales de derechos humanos afirmando los derechos de las mujeres⁷⁹.

La cuestión es que hoy hay un momento político-judicial en que existe una interpretación constitucional que da nueva forma a la tradicional mirada del derecho a la vida de nuestro texto constitucional. Aquellos que buscaron mantener una visión hegemónica del art. 19 No 1 sobre la prohibición absoluta del aborto, ello ya no es posible dado el fallo del Tribunal Constitucional. No obstante, la formulación de la prevención “voto recurrente-disidente” del ministro Domingo Hernández deja aún abierta la interpretación:

74 Véase en este sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (“Fertilización in Vitro”) Vs. Costa Rica, 12 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

75 Los requirentes postularon que las normas de los tratados son de rango inferior a la Constitución, y que Chile no se encuentra vinculado con la decisión de la Corte IDH en el fallo de Artavia Murillo y otros contra Costa Rica, 2012.

76 Paul, Álvaro, “El estado actual del aborto en el Derecho Internacional y algunas afirmaciones erradas del proyecto de ley chileno”, en *El Aborto. Perspectivas filosóficas, jurídica y médicas*, Cuadernos de Extensión Jurídica 27, Universidad de los Andes, Santiago, 2015, pp. 203-224.

77 Así lo presentó en las audiencias del Tribunal Constitucional y también los requirentes.

78 Tribunal Constitucional, considerando décimo, rol 3727 (3751)-2017 agosto de 2017.

79 Ibid. Considerandos trigésimo séptimo y trigésimo octavo.

“Antetodo, las causales de interrupción del embarazo que el proyecto de ley autoriza, no pueden ser evaluadas como reconocimiento del ejercicio de una supuesta autonomía de la voluntad de la madre gestante, sobre su propio cuerpo y/o derivada de ciertos derechos inherentes a su condición femenina tradicionalmente postergados por la sociedad y que hoy se vendrían a reconocer positivamente, en una situación de colisión entre la vida de la mujer y el mero interés jurídicamente protegido en que el nasciturus consistiría, que no persona y, por ello, disponible por decisión de la mujer en caso de conflicto. No compartimos aquello, toda vez que la autonomía de la voluntad consiste en el ejercicio de las libertades propias a efectos de asumir uno mismo las consecuencias de sus personales decisiones, por lo que concluye precisamente allí donde comienzan los derechos de los demás, sin que sea posible externalizar y radicar en otro las consecuencias de las decisiones personales, sin su consentimiento. En este punto, somos de parecer que el embrión o el ulterior feto constituyen una forma de vida humana intrauterina, es decir, un ser humano vivo, si bien dependiente de la madre en términos biológicos e incluso psicológicos (emotivo-cognitivos). Este otro ser humano, es en clara et distincta perceptio diverso y único como tal otro ser humano, que ya existe en cuanto tal desde su concepción, con individualidad genética específica, sea que ella se origine desde la fusión de los gametos que crean el cigoto, o desde la implantación del mismo cigoto en el endometrio. Hay allí ya una información genética completa, que solo debe desarrollarse durante el proceso gestacional y desplegarse a lo largo de la vida humana después del nacimiento, que no es sino continuidad del mismo proceso reproductivo y evolutivo;” (el énfasis es nuestro).

No sólo aquí hay una afirmación de la condición de persona del no nato, sino, además, una negación expresa de la autonomía de la mujer que el ministro Hernández reafirma en el siguiente párrafo:

“no es un derecho exclusivo de la mujer gestante decidir tener o abortar un hijo, aún cuando en la madre gravite la mayor exposición al riesgo y carga en el proceso la gestación humana, en toda circunstancia, incluso anómalas. No es tampoco utilización de ella como un mero medio material de reproducción de la especie. Antes bien, por el contrario, precisamente desde allí emerge la elevada dignidad de la maternidad;”

Por la disidencia, claramente en su preámbulo se halla la doctrina judicial que fuera dominante, y su relación con la necesidad de un potencial cambio constitucional: *“la decisión a la que se arribe debe estar fundada en estrictas consideraciones propias del Derecho de la Constitución (utilizando la expresión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica), no de la que nos gustaría leer sino que de la que está vigente.”*⁸⁰ Es decir, el texto actual no permite la despenalización del aborto incluso en restrictivas tres causales afirmando así la semblanza de la interpretación de Patricio Zapata, de Res Pública o de la Fundación Jaime Guzmán, como han repetido guste o no, este es el texto que tenemos.

Pero el fallo es promisorio, pues articula argumentaciones que ponen al centro de la conversación a la mujer, su autonomía, la posibilidad de decidir frente a un embarazo en los contextos que establece la ley u otros. Tal como señala, el embarazo es un estado temporal que ocupa el cuerpo de una mujer, y que la mayor parte de las veces es voluntario.⁸¹ Las mujeres somos ciudadanas. Para algunos pareció una frase desafortunada que la sentencia señalara que las mujeres son personas, pero esas palabras no tienen un sentido peyorativo, sino por el contrario, reafirman aquello que queda rezagado en la disputa por el aborto. Las mujeres somos capaces, y por el sólo hecho de poder engendrar o quedar embarazadas no quedamos interdictas. Refiriéndose a la segunda causal, el tribunal sostiene *“¿Por qué tiene que decidir el juez, el marido, el médico y no la mujer? Mientras la mujer está embarazada puede celebrar actos y contratos, es responsable*

⁸⁰ Tribunal Constitucional, rol 3727 (3751), op. Cit., voto recurrente, considerando quinto del ministro Hernández.

⁸¹ TRIGESIMONOVENO. *“Que es en el marco de estos nuevos énfasis, definidos por el constituyente, el legislador y los tratados internacionales, que debe interpretarse el embarazo y la maternidad. El embarazo es un estado temporal, propio de la mujer, normalmente voluntario, personalísimo, que compromete el cuerpo de la mujer. El embarazo compromete la integridad física y psíquica de la mujer, pues, entre otras cosas, el feto ocupa su cuerpo y provoca transformaciones físicas y fisiológicas;”*

*ante la ley, puede seguir trabajando o estudiando, puede ser candidata, puede votar. Para todos esos actos no se la considera con esta interdicción pasajera;*⁸². Este es un elocuente diálogo con el ministro Hernández quien declara que no es sólo una cuestión de la mujer, sino que también del padre del que está por nacer.

Respecto a la violación, el trauma y la salida fácil, el tribunal es igualmente claro:

“Centésimonoveno: Que se trata de darle a la mujer una defensa tardía del ataque vejatorio del que fue objeto. La mujer no tiene por que hacerse cargo de los efectos del delito. En efecto, una cosa es el embarazo, que dura un tiempo. Y otra, la maternidad que dura toda la vida.

Por lo demás, todas las convenciones internacionales más arriba individualizadas, establecen como deber del Estado evitar la violencia física, sexual y psicológica en contra de la mujer”.

Nuevamente argumentación y contra argumentación entre el ministro Hernández y el resto de la mayoría, pues la prevención se refiere a las cargas de la maternidad, y cómo eso es lo que representa la dignidad misma de la maternidad. La dignidad de la persona es poder realizarse, conducir su propio destino, y esto es lo que despoja a las mujeres el ministro Hernández con su prevención.

A modo de conclusión

¿Cómo podría entenderse una nueva formulación al derecho a la vida? Corporación Humanas sostiene que no es posible sacar ninguna conclusión de los participantes de los ELA, *“en algunos ellas se aborda el derecho a la vida, concebido como un principio inalienable y universal. Sin embargo, en la sistematización este concepto es entendido fundamentalmente como ‘vida digna’ generando una dualidad en su significando. Para algunos este tipo de vida consigna el derecho al aborto y en otros la protección a la vida desde la concepción. Luego, afirmar que las personas deseaban la inclusión del aborto o bien su rechazo es difícil de establecer.”*⁸³ En virtud de lo anterior, el debate constitucional no está zanjado, y ciertamente que, de abrirse existirá, una legítima intención de discutir el texto para re-conducir una visión del derecho a la vida que excluya toda posibilidad de interrupción del embarazo. Sería una oportunidad de plantear temas como vida digna/vida precaria y de la responsabilidad del Estado de afirmar condiciones a fin de que las vidas cuenten como tal.⁸⁴

En cualquier caso, no creo plausible que el debate pueda retrotraerse al punto de negar o invisibilizar el avance y posicionamiento jurídico de una interpretación no hegemónica del derecho a la vida, de la misma forma que ha ocurrido en la Corte Interamericana luego de la decisión del caso Artavia Murillo contra Costa Rica. Más aún el desarrollo de la legislación comparada revela que los modelos por indicaciones son remplazados por plazo ya que son más sensibles a las necesidades del sistema en su conjunto, no se enredan en sus certificaciones⁸⁵ y sólo subsisten las indicaciones y plazos para situaciones calificadas.⁸⁶

82 Última parte del considerando nonagésimo noveno.

83 Corporación Humanas, Op. Cit. p. 90.

84 Butler, Judith, *Violencia de Estado, guerra, resistencia. Por una política de la izquierda*, trad. Patricia Soley-Beltrán, (Madrid: Katz Editores), 2011.

85 Un ejemplo de la difícil implementación con las barreras impuestas por los grupos contrarios al aborto ha sido la situación de Perú, que teniendo un régimen de indicaciones, ha sido una persistente lucha por grupos de mujeres lograr protocolos para asegurar que mujeres, especialmente las que reciben atención en centros médicos públicos puedan acceder a UN aborto seguro y legal.

86 Así la declaración de inconstitucionalidad del Código Penal canadiense en 1989, Morgentaler v Queen, Supreme Court of Canada,

Si es cierto que dependemos de la dinámica pregunta-respuesta-reacción del ministro Letelier y Francisco Zúñiga en las audiencias sobre los valores constitucionales (una orientación cristiana) y las consecuentes barreras frente a la legalización del aborto, entonces se haría ineludible un cambio constitucional que promoviera el fortalecimiento de un estado laico, la igualdad de mujeres y hombres y la justicia reproductiva para las mujeres debido a su condición de reproductoras de la especie humana, a fin de que no deban soportar todas las cargas/maternidades en contextos extremos o no deseados.

No advierto que haya espacio para una nueva constitución en los próximos años, pero podrá haber un nuevo debate sobre la legalización del aborto.

Bibliografía citada

- Arriaza, Alejandra. “En la Constitución que queremos la democracia tiene nombre de mujer”, *Sociedad Civil y Nueva Constitución. Hacia un pacto ciudadano para la Constitución que queremos*. (Santiago: Fundación Instituto de la Mujer y Movimiento Pro Emancipación de la Mujer Chilena), 2006.
- Agustín, M. *Feminismo, identidad personal y lucha colectiva: Análisis del movimiento feminista español en los años 1975-a 1985*. Granada, 2003.
- Bascuñán Rodríguez, Antonio. “La píldora del día después ante la jurisprudencia”, *Revista Estudios Públicos* 95, 2004.
- Biblioteca del Congreso Nacional, Historia Fidedigna de la Ley 19.611. Historia de la Ley 21.030.
- Bofill, C y Rendic, C. “Escalona y la Constituyente: ‘No nos pongamos a fumar opio’”, *La Tercera*, 12 de abril de 2012.
- Butler, Judith. *Violencia de Estado, guerra, resistencia. Por una política de la izquierda*, trad. Patricia Soley-Beltrán. (Madrid: Katz Editores), 2011.
- Cabal, Luisa, Lemaitre, Julieta y Roa, Mónica. *Cuerpo y Derecho*. (Bogotá: Universidad de los Andes y Temis, 2001.
- Carreño, Camilo. “Evópoli lanza propuesta constitucional y se desmarca de idea de fortalecer al Estado”. *latercera.com*, 27 de mayo de 2016. <http://www2.latercera.com/noticia/evopoli-lanza-propuesta-constitucional-y-se-desmarca-de-idea-de-fortalecer-al-estado/>
- Casas, Lidia. “Ciudadanía y reproducción en Chile”, en *Desigualdad en Chile: la continua relevancia del género*, Claudia Mora, editora. (Santiago: Ediciones Alberto Hurtado), 2013.
- Comité de sistematización. Resultados fase local Comité de Sistematización, Etapa participativa del Proceso Constituyente, 22 de julio de 2016. http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2016/07/Presentaci%C3%B3n-Sistematizaci%C3%B3n-constitucional_Fase-local.pdf
- ComunidadMujer. *Cuotas de género para una mayor representación y un Congreso inclusivo*, Serie Mujer y política 29, mayo de 2014. <http://dev.comunidadmujer.cl/biblioteca-publicaciones/wp-content/uploads/2014/09/BOLETIN-MyP-Julio-agosto-2014-baja.pdf>
- Resultados y hallazgos de las cuotas de género en las Elecciones Parlamentarias 2017*, Serie ComunidadMujer 40, noviembre de 2017. http://www.comunidadmujer.cl/biblioteca-publicaciones/wp-content/uploads/2017/11/BOLETIN-40_cuotas-06.12.pdf

1989, Uruguay que desplazó las causales por un plazo de 12 semanas con UN período de reflexión en 2012, la legislación de la ciudad de México en 2007.

- Corporación Humanas. “Percepciones de las Mujeres sobre su situación y condiciones de vida en Chile 2016”. Undécima Encuesta. <http://www.humanas.cl/wp-content/uploads/2016/10/Presentacion-encuesta-humanas-2016.pdf>
- Correa, Sonia y Pecheny, Mario. *Abortus interruptus. Política y reforma legal en el Uruguay*. (Montevideo: MYSU e IWHC), 2016. <https://www.issuelab.org/resource/abortus-interruptus-politica-y-la-reforma-legal-del-aborto-en-uruguay.html>.
- Correa Sutil, Jorge. “¿Cuántos y cuáles Derechos Económicos, Sociales y Culturales debieran asegurarse constitucionalmente?”. *Políticas Públicas con enfoques de Derechos Humanos. Actas X Jornadas Constitucionales Temuco 2014*. (Temuco: Universidad Mayor), 2015.
- Dixon, Rosalind y Bond, Jade. “Constitutions and reproductive rights: convergence and non-convergence”. *Constitutions and Gender*, Helen Irving (ed.). (Chicago: Edward Elgar Publishers), 2017.
- Facio, Alda, Jiménez, Rodrigo y Morgan, Martha. *Gender Equality and International Human Rights in Costa Rica, The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Beverley Baines y Ruth Rubio-Marín (ed.). (Cambridge: University Press), 2005.
- Fraser, Nancy. *Iustitia Interrupta*, trad. Magdalena Holguín y Isabel Cristina Jaramillo. (Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes), 1997. Frente Amplio, “El programa de muchos. Beatriz Sánchez Presidenta, Frente Amplio”. https://www.beatrizsanchez.cl/bsfa/wp-content/uploads/2017/10/Programa-Beatriz_Sanchez.pdf
- Hernández, Héctor. “La legitimidad de las indicaciones del aborto y su necesario carácter de causas de justificación”, *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, Lidia Casas y Delfina Lawson, compiladoras. (Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales), 2016.
- Iriarte, Claudia. *La ausencia del sujeto mujeres en la configuración del sujeto político. Buscando caminos hacia la igualdad sustancial de mujeres y hombres*. Tesis de doctorado, programa de Doctorado, Facultad de Derechos, Universidad de Chile, 2017.
- Irving, Helen. *Gender and the Constitution. Equity, Agency in Comparative Constitutional Design*, (Cambridge: University Press), 2008.
- Lamas, Marta. *El largo camino hacia la ILE. Mi versión de los hechos*. (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Programa Universitario de Estudios de Género), 2015.
- Mañalich, Juan Pablo. “La democracia como programa constitucional: el lugar de los derechos fundamentales”, en *Propuestas para una nueva constitución (originada en democracia)*, Eduardo Chia y Flavio Quezada editores. (Santiago: Instituto Igualdad, Friedrich Ebert Stiftung y Facultad de Derecho Universidad de Chile), 2015.
- Muñoz León, Fernando. “El rol del derecho en la creación de una sociedad de iguales”. *Igualdad, inclusión y derecho. Lo político, lo social, y lo jurídico en clave igualitaria*, Fernando Muñoz, editor. (Santiago: LOM y Universidad Austral de Chile), 2013.
- Partido Socialista de Chile, “Propuesta al Partido Socialista de Chile. Un itinerario constituyente para la participación efectiva de la ciudadanía”, s/f.
- Paul, Álvaro. “El estado actual del aborto en el Derecho Internacional y algunas afirmaciones erradas del proyecto de ley chileno”. *El Aborto. Perspectivas filosóficas, jurídica y médicas*, Cuadernos de Extensión Jurídica 27, Universidad de los Andes, Santiago, 2015.
- Pffefer, Emilio y Lizama, Felipe. “Estado social y bases institucionales de la Constitución de 1980”, *Derecho Público Iberoamericano*, No.7, 2015.
- PNUD, *Informe de Desarrollo Humano 2015*, Santiago, 2015.
- PPD, “Propuesta asamblea constituyente – PPD”. <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=102373&prmTIPO=D OCUMENTOCOMISION>

- Rojas, Gonzalo. "Asamblea Constituyente: ¿Golpe de Estado?". *Derecho Público Iberoamericano*, Año 1, No. 2, 2013.
- Silva Irrarázaval, Luis A. "La constitucionalidad del artículo 102 del Código Civil ante el Tribunal Constitucional. Comentario crítico del requerimiento de inaplicabilidad fallado en la sentencia rol no 1.881, de 3 de noviembre de 2011". *Ius et Praxis*, Vol. 12 No 1, 2012.
- Souto, Clara. *Principio de igualdad y transversalidad de género*. (Madrid: Dykinson S.L.), 2012.
- Restrepo, Esteban. "La constitucionalidad de la vida cotidiana". *El derecho como objeto e instrumento de transformación*. (Buenos Aires: SELA), 2002.
- Squella, Agustín. "Desacuerdos constitucionales". *Cambio Constitucional en Democracia*. Ministerio Secretaría General de la República, 2015.
- Turner Saelzer, Susan. "Relaciones igualitarias al interior de la familia". *Igualdad, inclusión y derecho. Lo político, lo social, y lo jurídico en clave igualitaria*, Fernando Muñoz, editor. (Santiago: LOM y Universidad Austral de Chile), 2013.
- Ugarte, José Joaquín. "Matrimonio de homosexuales y uniones civiles". *Ius Publicum*, No. 29, 2012.
- Valdés, Teresa. "Una nueva constitución para las mujeres", columna publicada por El Mostrador, el 21 de enero de 2014. <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2014/01/21/una-nueva-constitucion-para-las-mujeres>
- Vivanco, Angela. *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, Tomo II, 2ed. (Santiago: Ediciones UC), 2013.
- Zúñiga, Francisco. "Constitución del Bicentenario: Reforma Constitucional y Operación Constituyente", *Sociedad Civil y Nueva Constitución. Hacia un pacto ciudadano para la Constitución que queremos*. (Santiago: Fundación Instituto de la Mujer y Movimiento Pro Emancipación de la Mujer Chilena), 2006.
- "Acerca del Estado social y los nuevos derechos en la nueva Constitución". *Por una Asamblea Constituyente: mecanismos, procesos y contenidos para una nueva Constitución*, F. Quiero, Santiago, y Gajardo, J. comp. (Santiago: CLACSO e ICAL), 2016.
- Zúñiga, Yanira. "Ciudadanía y género. Representaciones y conceptualizaciones en el pensamiento moderno y contemporáneo". *Revista de Derecho* (Coquimbo), vol. 17 No 2, 2010.

Fallos citados

- Corte de Apelaciones de Copiapó, director del Hospital de Copiapó contra Marissa del Carmen Leuquén Tolosa, rol 230-08, 9 de agosto de 2008.
- Tribunal Constitucional, rol 3727 (3751)-2017.
- Tribunal Constitucional, rol 740-2007.
- Tribunal Constitucional, rol 1881-10 INA.
- Corte Constitucional de Colombia, C-355/2006, 10 de mayo de 2006.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, "F., A. L. s/medida autosatisfactiva", 13 de marzo de 2012.
- Tribunal Constitucional de República Dominicana, SENTENCIA TC/0599/15, 17 de diciembre de 2015.
- Supreme Court of Canada, Morgentaler v Queen, 1989.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 59/03 Petición 71/01, Admisibilidad Sonia Arce Esparza vs. Chile, 10 de octubre de 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros ("Fertilización in Vitro") Vs. Costa Rica, 12 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).