

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*.

La despenalización del aborto y el control de convencionalidad

Miriam Henríquez Viñas*

RESUMEN

El trabajo busca identificar si al despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, el legislador consideró el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De igual modo, reconocer si el Tribunal Constitucional ejerció el control de convencionalidad a propósito del control de constitucionalidad de dicho proyecto de ley. Para ello se analiza la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, interpretando los artículos 1.1, 2 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha destacado la obligación del legislador de tomar medidas legislativas en conformidad con los derechos y garantías de la Convención y a las demás autoridades el ejercicio del control de convencionalidad.

INTRODUCCIÓN

La idea de que las normas de producción estatal deben ser controladas en su convencionalidad se ha ido expandiendo. Sus perfiles se han construido paulatinamente a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte o la Corte Interamericana), de las resoluciones de los tribunales nacionales, y del aporte de la doctrina constitucional e internacional de los derechos humanos. La gradualidad de este constructo se advierte en su conceptualización, en los órganos a los que se atribuye competencia para realizarlo, en el procedimiento para ejecutarlo, en su objeto y en el parámetro del control de convencionalidad interno¹.

* Abogada, Universidad Nacional del Comahue (Argentina). Magíster en Derecho Público, Universidad Católica de Chile (Chile). Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela (España). Profesora de Derecho Constitucional y directora del Departamento de Derecho Público de la Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. Correo electrónico: miriamhenriquez@yahoo.es - mhenriqu@uahurtado.cl.

Este trabajo es parte de la investigación financiada por Fondecyt Regular de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica, bajo el N.º 1160953, con el título: “La (di)símil aplicación del control de convencionalidad por los tribunales nacionales”. Agradezco el aporte del Ayudante de Investigación Fondecyt, Ariel Pérez Aubel, en la revisión del trabajo legislativo desarrollado con motivo del proyecto de ley de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales – Boletín N.º 9.895-11.

¹ Esta idea se encuentra desarrollada latamente en Henríquez, Miriam, “La polisemia del control de convencionalidad interno”, *Revista International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N.º 24, 2014, pp. 113 – 141.

Este trabajo pretende comprobar la siguiente hipótesis: el legislador consideró el Derecho Internacional de los Derechos Humanos al despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales; y el Tribunal Constitucional no ejerció el control de convencionalidad a propósito del control de constitucionalidad de dicho proyecto de ley.

Para la comprobación de la hipótesis expuesta, se seguirá el siguiente plan de análisis: a) En primer término, se definirá el control de convencionalidad. Luego se expondrá cómo la Corte ha desarrollado de forma progresiva el sujeto destinatario del control de convencionalidad interno, su objeto y parámetro; b) Despejados los alcances del control de convencionalidad interno, se verificará si el legislador deliberadamente buscó aprobar el proyecto de ley objeto de este estudio conforme a las garantías previstas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención); c) Más adelante, se examinará si el Tribunal Constitucional aplicó el control de convencionalidad al ejercer el control previo y facultativo de constitucionalidad, y en su caso, si el proyecto de ley era un objeto controlable, y si el parámetro de control se correspondió con el señalado por la Corte Interamericana.

Para la consecución del itinerario propuesto se revisará principalmente: a) La jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana a partir del año 2006, oportunidad en que se dictó la sentencia *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, primera decisión que refirió explícitamente al control de convencionalidad²; b) El boletín N.º 9.895 -11 del proyecto de ley de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales: peligro para la vida de la mujer, inviabilidad fetal extrauterina y embarazo por violación, citando la opinión de los parlamentarios y académicos invitados a las sesiones; y c) La sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N.º 3729, de 28 de agosto de 2017.

Cabe aclarar que el análisis propuesto sobre los elementos del control de convencionalidad creado por la Corte Interamericana por vía pretoriana será descriptivo a partir de la jurisprudencia más destacada del órgano internacional, sin un juicio de mérito sobre su procedencia o pertinencia. En tal sentido, la posible decisión del legislador de adaptarse a la Convención, o del Tribunal Constitucional de ejercer el control de convencionalidad, se analizarán conforme a lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sin que ello implique suponga una adhesión a dicho desarrollo jurisprudencial. Por otro lado, el análisis del razonamiento y de la decisión del Tribunal Constitucional sobre el particular no supone aceptar que dicho órgano deba ejercer el control de convencionalidad³.

1. El control de convencionalidad interno

En un sentido estricto, la Corte Interamericana, por vía pretoriana, ha dispuesto que los tribunales nacionales, y en general todos los órganos públicos, deben realizar una verificación de no contradicción o compatibilidad entre las normas jurídicas susceptibles de aplicarse a un caso concreto, por un lado, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana

2 Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Fondo, sentencia de excepciones preliminares, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.

3 Henríquez, Miriam y Núñez, José Ignacio, "Control de convencionalidad en Chile. Un soliloquio en el 'Laberinto de la soledad'", en *El control de convencionalidad: un balance a 10 años de Almonacid*, Henríquez y Morales, coordinadoras, (Santiago: DER Ediciones), 2017, pp. 373-402.

de Derechos Humanos, por el otro. En esto radicaría el ejercicio del control de convencionalidad interno.

En 2006, la Corte Interamericana resolvió en el considerando 123 del icónico fallo *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, que: a) Es el legislador quien debe procurar cumplir con lo prescrito en el artículo 2 de la Convención, es decir adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades previstos en la Convención; b) Cuando el legislador no lo hace, es el Poder Judicial, por mandato del artículo 1.1 de la Convención, quien debe contrastar las normas legales con la Convención; c) En caso de incompatibilidad normativa, el Poder Judicial debe abstenerse de aplicar la ley; d) So pena de generar la responsabilidad internacional del Estado.

Puntualmente en el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, la Corte expuso que es una obligación general de cada Estado Parte adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados, la cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*), (párrafo 171)⁴. Luego, el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno, por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías⁵.

De lo dicho por la Corte, es posible inferir que el legislador estaría obligado a adecuar el derecho interno a lo dispuesto en la Convención.

1.1 Destinatarios del control de convencionalidad interno

La Corte Interamericana dispone que cuando el legislador no cumple con el mandato de adecuar el derecho interno a lo dispuesto por la Convención Americana, es deber de los jueces domésticos ejercer el control de convencionalidad. En la misma sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* expresó que tal obligación corresponde a “*sus jueces, como parte del aparato del Estado*” y en definitiva “*al Poder Judicial*”⁶. Tal criterio se reiteró en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, donde afirmó el deber “*de los órganos del Poder Judicial*” de ejercer no solo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad⁷. En el mismo sentido, en el caso *Boyce y otros vs. Barbados*, la Corte precisó que el control de convencionalidad correspondía realizarlo a “*los tribunales de Barbados, incluso el Comité Judicial del Consejo Privado y ahora la Corte de Justicia del Caribe*”⁸.

4 Corte IDH, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Fondo, sentencia de excepciones preliminares, reparaciones y costas, 12 de agosto de 2008, párrafo 179.

5 *Ibid.*, párrafo 180.

6 Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Op. Cit., párrafo 124.

7 Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Fondo, sentencia de excepciones preliminares, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

8 Corte IDH, *Boyce y otros vs. Barbados*. Fondo, sentencia de excepciones preliminares, reparaciones y costas, 20 de noviembre de 2007, párrafo 78.

Fue en 2010, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, que la Corte incluyó entre los sujetos encargados de ejercer el control de convencionalidad no solo a los jueces sino también “a los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”⁹, con particular referencia a los tribunales constitucionales que en ciertos ordenamientos son órganos independientes del Poder Judicial. En este caso, a partir del párrafo 226 de la sentencia, la Corte mencionó a los “tribunales de la más alta jerarquía en la región” que han ejercido el control de convencionalidad y destacó a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, al Tribunal Constitucional de Bolivia, a la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, al Tribunal Constitucional del Perú, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina y a la Corte Constitucional de Colombia¹⁰.

En 2011, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte completó la ampliación del sujeto destinatario del control expandiéndolo a toda autoridad pública y no sólo al Poder Judicial u otra autoridad que ejerza jurisdicción dentro del Estado. Así lo señaló la sentencia en el párrafo 239: “La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, 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 solo del Poder Judicial”¹¹.

La “evolución” relatada da cuenta de cómo la Corte Interamericana extendió de manera gradual la obligación de realizar el control interno de convencionalidad desde los jueces del Poder Judicial a toda autoridad pública.

1.2 Parámetro del control de convencionalidad interno

Por otra parte, el parámetro y el objeto del control de convencionalidad también se han ido delineando de modo progresivo en la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana. En una primera etapa, a

9 Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Fondo, sentencia de excepciones preliminares, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2010, párrafo 225.

10 Alguna doctrina ha señalado que, luego del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, el alcance del control se extendió a todos los jueces nacionales cualquiera sea su jerarquía, grado, cuantía, materia de especialización o competencia (local o federal). En tal sentido, Nogueira Alcalá afirma que el control de convencionalidad debe ser ejercido por todo órgano que ejerza jurisdicción dentro del Estado, lo que comprendería a los tribunales constitucionales, a los órganos que ejercen jurisdicción electoral, todo juez especial que determina el ordenamiento jurídico nacional, además de los jueces ordinarios de todas las instancias. Nogueira, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales”, en “*El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*”, H. Nogueira, coordinador, (Santiago: Librotecnia), 2012, pp. 279-351.

11 Corte IDH, *Gelman vs Uruguay*. Fondo, sentencia de excepciones preliminares, reparaciones, 24 de febrero de 2011, párrafo 239. Por su parte, Juana Ibáñez destaca este fallo no solo por referir que todas las autoridades están obligadas a ejercer el control de convencionalidad, sino al contexto en que éste debe ser aplicado y que es “en instancias democráticas”, cuestión que se reitera en los casos *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, Serie C No. 227, 1 de julio de 2011; *López Mendoza vs. Venezuela*, Serie C No. 233, 1 de septiembre de 2011; *Fontevecchia y D´Amico vs. Argentina*, Serie C No. 238, 29 de noviembre de 2011, entre otros. Ibáñez, Juana, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *VIII Anuario de Derechos Humanos*, 2012, pp. 103-113.

partir del fallo Almonacid Arellano y otros vs. Chile, el parámetro de control señalado por la Corte fue la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la interpretación que de esta efectúa la Corte, es decir, su jurisprudencia.

La Corte se ha referido a la jurisprudencia interamericana como parámetro de control de convencionalidad de manera sostenida en los siguientes términos: “*En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”¹². De esta manera, el tribunal interamericano dispuso que cuando los tribunales y demás órganos nacionales ejerzan el control interno de convencionalidad consideren las normas de la Convención Americana, y además se guíen por la interpretación que de estas normas ha ido formulando la Corte.

Que el material normativo controlante sea la exégesis de la Convención plantea una serie de cuestiones. El primer asunto debatido es la falta de precisión de lo que se ha entendido por jurisprudencia interamericana y su alcance, es decir, si involucra tanto las interpretaciones vertidas en sentencias de casos contenciosos como las opiniones consultivas¹³. Luego, aparece controvertido el alcance *erga omnes* de las decisiones de la Corte; en efecto, nadie parece dudar del valor jurídico vinculante de las sentencias dictadas por la Corte en el ejercicio de la función contenciosa para los Estados que aceptaron tal competencia e intervinieron en el proceso respectivo, es decir, que tienen efectos vinculantes *inter partes*. La complicación radica en que la Corte extendió la eficacia vinculante o fuerza orientadora de sus sentencias con efectos *erga omnes* a todos los Estados que reconocieron su competencia jurisdiccional¹⁴. Además del debate e incertidumbre sobre el contenido de la jurisprudencia interamericana y las complejidades que plantea el supuesto alcance *erga omnes* de las sentencias contenciosas, el tema proyecta otra serie de asuntos entre los que destaca: cómo puede decidir un órgano jurisdiccional internacional, por medio de sus sentencias, que su propia jurisprudencia sea vinculante para los Estados, cuando estos no lo han resuelto así expresamente.

Más allá de las antedichas cuestiones, la sentencia recaída en el caso Artavia Murillo vs. Costa Rica supone las siguientes interpretaciones de la Corte Interamericana del artículo 4.1 de la Convención relativo al derecho a la vida, asunto vinculado con el proyecto de ley en comento: a) La concepción debe entenderse como implantación; b) Después de la anidación el embrión no es considerado persona o titular del derecho a la vida, sino que constituye vida prenatal, protegible por la ley de manera gradual e incremental; c) La personalidad sólo se reconoce después del nacimiento; d) El derecho a la vida del concebido y no nacido no tiene un carácter absoluto. Su protección no puede justificar la negación total de otros derechos¹⁵.

12 Corte IDH, Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Op. Cit., párrafo 124.

13 Francisco Zúñiga llama la atención sobre estas cuestiones en Zúñiga, Francisco, “Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica”, en “*El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*”, Nogueira, Humberto, coordinador, (Santiago: Librotecnia), 2012, pp. 387-447.

14 Esta situación plantearía para algunos autores, como Néstor Pedro Sagüés, una interpretación mutativa por adición, pues la Corte habría agregado algo al contenido inicial del Pacto, aunque el texto literal de este no ha variado. Sagüés, Néstor, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 8, N.º 1, 117-135, 2010, p. 126. Otros autores, como Sergio García, matizan esta conclusión y aclaran que la interpretación únicamente tiene que ver con las normas. Lo que precisa García, cuando señala que “*solo alcanza la interpretación de normas*”, es que la interpretación atiende únicamente a la fijación del sentido de las disposiciones convencionales, el entendimiento general del precepto para todos los fines aplicativos que este pueda tener, no así a los extremos específicos del caso en que se hizo la interpretación, que solo conciernen al Estado y a la víctima que comparecieron en el juicio. García, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *Revista Ius*, Vol.5, N.º 28, 2011, pp. 123-159.

15 Corte IDH, Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Fondo, sentencia de excepciones preliminares, reparaciones

En relación con el derecho convencional como parámetro de control interno de convencionalidad, en sentencias posteriores al caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, la Corte Interamericana amplió el parámetro de control de convencionalidad desde la Convención Americana a los demás tratados que son de su competencia material. Así fue afirmado en 2010, en la sentencia del caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, cuyo párrafo 199 dice: “*El Tribunal recuerda que el objeto de su mandato es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia*”¹⁶. De este modo extiende el parámetro desde la Convención al Protocolo de San Salvador, Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, y a los demás tratados que sobre la materia puedan quedar comprendidos dentro de las atribuciones de la Corte Interamericana¹⁷.

Siguiendo con la extensión del parámetro de control de convencionalidad, en la sentencia del caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, el párrafo 142 comprende además dentro del *corpus iuris* interamericano a la Convención sobre los Derechos del Niño: “*En tal sentido, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad. Asimismo, la Corte ha afirmado reiteradamente que “tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir [...] para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana*”¹⁸. Luego, en el párrafo 222 de la misma sentencia, la Corte agrega al *corpus iuris* los tratados del sistema interamericano tales como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención de Belém do Pará¹⁹. Como se observa, la referencia expresa a tratados que no son de competencia material de la Corte es para “*fijar el contenido y alcance*” de las disposiciones de la Convención.

Situados en el proyecto de ley en cuestión, las normas contenidas en un tratado internacional, respecto del cual la Corte Interamericana tendría competencia material y se vinculan a la temática de la despenalización del aborto, se encuentran en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra el derecho a la vida y establece la obligación legal de proteger la vida “*en general, a partir del momento de la concepción*”²⁰.

y costas, 28 de noviembre de 2012, párrafos 222, 223, 257, 258, 264, 265 y 316.

Una reflexión detallada sobre los alcances de esta decisión en el contexto del control de convencionalidad puede revisarse en Chía, Eduardo y Contreras, Pablo, “Análisis de la sentencia *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, Año 12, N°1, 2014, pp. 567-585. Asimismo, en Ruiz Miguel, Alfonso y Zúñiga, Alejandra, “Derecho a la vida y Constitución: Consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Artavia Murillo v. Costa Rica*”, en *Estudios Constitucionales*, Año 12, N°1, 2014, pp. 71-104.

16 Corte IDH, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, sentencia de excepciones preliminares, reparaciones y costas, 1 de septiembre de 2010, párrafo 199.

17 Esta extensión fue tempranamente señalada en el voto razonado emitido por el magistrado García Ramírez, en la sentencia del caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, según la cual, si bien el tribunal ha tenido a la vista la aplicabilidad y la aplicación de la Convención, tal función se despliega “*a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus juris convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado*”. Voto razonado concurrente, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Op. Cit., párrafo 2.

18 Corte IDH, *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Fondo, sentencia de excepciones preliminares, reparaciones y costas, 4 de septiembre de 2012, párrafo 142.

19 Corte IDH, *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, Op. Cit., párrafos 142 y 222.

20 Para un examen completo del aborto en el Derecho Internacional de los derechos humanos ver Undurraga, Verónica, “*Aborto y*

Otras normas contenidas en tratados internacionales de alcance universal, vigentes en Chile, tales como las contenidas en el artículo 6.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 2 letra f) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y en los artículos 1 y 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no son estrictamente parámetro del control de convencionalidad interno. La Corte Interamericana considera los tratados sobre los que no ostenta competencia material solo para la interpretación y aplicación de normas de la Convención.

1.3 Objeto del control de convencionalidad interno

A propósito del objeto de control, en una primera etapa, el control interno de convencionalidad alcanzaba a las “*leyes contrarias al objeto y fin de la Convención*”²¹, para luego ampliarse a las “*normas contrarias a su objeto y fin*”, e incluso también a las “*normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos*”²². En consecuencia, es posible apreciar que la Corte Interamericana ha aumentado progresivamente el alcance del objeto del control interno de convencionalidad desde la ley a las normas internas, lo que incluye decretos o reglamentos e incluso a las Constituciones estatales, para llegar a abarcar las propias prácticas internas, tales como las resoluciones judiciales y las decisiones administrativas.

Siguiendo el derrotero jurisprudencial de la Corte Interamericana sobre control de convencionalidad, podría considerarse que, en primer término, el legislador chileno debió considerar, al despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, su conformidad con las garantías previstas en la Convención. Luego, el control de tal conformidad debió ser ejercido por el Tribunal Constitucional. En este último, el objeto del control sería la ley en cuestión antes de su promulgación, y el parámetro de control sólo recaería en la Convención Americana –y no otros tratados internacionales respecto de los cuales la Corte no tiene competencia material–, y en la jurisprudencia interamericana. Cabe reiterar que lo anterior se afirma y se analiza conforme a lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sin que ello suponga una adhesión a dicho desarrollo jurisprudencial.

2. El deber del legislador de expedir normas internas conforme a la Convención Americana

Según la jurisprudencia analizada de la Corte Interamericana, la conjugación de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana comprometería a los Estados partes en esta Convención a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su

protección del que está por nacer en la Constitución chilena”, (Santiago: Thomson Reuters), 2013, pp. 269-301.

21 Así, por ejemplo, se refirió a las “*leyes internas*” la sentencia del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, en el ya mencionado párrafo 124.

22 Más adelante, en 2008, la Corte señaló en la sentencia sobre el caso Heliodoro Portugal vs. Panamá que el control de convencionalidad comprende también a las prácticas internas. En tal sentido, el párrafo 180 del fallo señaló: “*Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos*”. Corte IDH, Heliodoro Portugal vs. Panamá, Op. Cit., párrafo 180.

jurisdicción; así como 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. Cabe entonces cuestionarse si el legislador nacional ejerció su función con miras a hacer efectivos los derechos y libertades previstos en la Convención Americana, cuando aprobó el proyecto de ley sobre despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

En lo concerniente a la iniciativa del proyecto de ley en comento, el 31 de enero de 2015, la Presidenta de la República presentó el mensaje N.º 1230-62, expresando en el apartado “*Fundamentos*” que Chile tiene “*compromisos con el derecho internacional de los derechos humanos*”, señalando la necesidad de cumplir con una serie de recomendaciones del ámbito universal que los protege, tales como aquellas emanadas del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²³, del Comité de los Derechos del Niño²⁴, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer²⁵ y del Comité de Derechos Humanos²⁶.

En cuanto al primer trámite constitucional seguido ante la Cámara de Diputados, en la discusión en general, algunos diputados invocaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos y/o la Convención sobre los Derechos del Niño para fundar la protección del derecho a la vida de las personas, entre ellas el *nasciturus* desde el momento de la concepción, y así plantear el rechazo del proyecto en cuestión. Manifestaron esta posición los diputados Matías Walker, Gonzalo Fuenzalida, Jorge Rathgeb, Jorge Sabag, Ramón Barros, Claudia Nogueira (quien también mencionó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), Germán Verdugo y Marcelo Chávez²⁷.

-
- 23 La recomendación señala, según lo expresa el mensaje presidencial: “*En 2004 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recomendó al Estado que “revise su legislación y despenalice el aborto cuando se trate de abortos terapéuticos y cuando el embarazo sea consecuencia de violación o incesto”* (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).
- 24 La recomendación señala, según lo expresa el mensaje presidencial: “*El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha exhortado a Chile a “revisar su postura de penalización de la interrupción del embarazo en toda circunstancia, incluso en los casos de violación, incesto y situaciones en que corre peligro la vida de la madre”* (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).
- 25 El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, en los exámenes de sus informes de 2006 y 2012 ha manifestado en forma consistente que la actual legislación sobre la interrupción del embarazo es deficitaria y que requiere de una modificación por parte del Estado. Puntualmente: “*En el examen del informe de 2012, el Comité lamentó profundamente que hayan fracasado iniciativas legislativas en especial “en los supuestos de riesgo para la salud o la vida de la madre, grave malformación del feto o violación” e instó al Estado que “[r]evisar la legislación vigente sobre el aborto con miras a despenalizarlo en los casos de violación, incesto o riesgo para la salud o la vida de la madre [...]”*. (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, párrafos 34 y 35 letra d).
- 26 Según el mensaje presidencial: “*Ya en 1999, el Comité había señalado que “[l]a penalización de todo aborto, sin excepción, plantea graves problemas, sobre todo a la luz de informes incontestados según los cuales muchas mujeres se someten a abortos ilegales poniendo en peligro sus vidas. El deber jurídico impuesto sobre el personal de salud de informar de los casos de mujeres que se hayan sometido a abortos puede inhibir a las mujeres que quieran obtener tratamiento médico, poniendo así en peligro sus vidas. El Estado parte está en el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho a la vida de todas las personas, incluidas las mujeres embarazadas que deciden interrumpir su embarazo. En este sentido el Comité recomienda que se revise la ley para establecer excepciones de la prohibición general de todo aborto y proteger el carácter confidencial de la información médica”* (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).
Sobre esta misma línea, en 2007 manifestó su “*preocupación por la legislación indebidamente restrictiva del aborto, especialmente en casos en que la vida de la madre esté en peligro. Lamenta que su gobierno no tenga planeado legislar en la materia. (Artículo 6 del Pacto)”* (Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos Chile, período de sesiones, 17 de abril de 2007, CCPR/C/CHL/CO/5, párrafo 8).
- 27 Cámara de Diputados. Sesión 2.º y 3.º, 16 de marzo de 2016; y Sesión 4.ª, 17 de marzo de 2016. Boletín 9895-11.

En la misma discusión, el diputado Fidel Espinoza refirió la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer para señalar que en virtud de su artículo 2 letra f), los Estados Parte deben adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; y que negarse a legislar en relación con las tres causales que invoca el proyecto discrimina a las mujeres, especialmente a las más humildes, a las más vulnerables²⁸.

Por otra parte, ante la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados concurrieron varios académicos, entre quienes destaca la constitucionalista Alejandra Zúñiga (por su referencia expresa al control de convencionalidad), quien señaló que: a) Además de razones morales para despenalizar el aborto terapéutico y por violación, se encuentra la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana y el llamado control de convencionalidad, particularmente la sentencia Artavia Murillo; b) Conforme a tal precedente interamericano, el legislador no debe darle una protección absoluta al *nasciturus*; c) La interpretación que de la Convención hace la Corte es vinculante sin importar si el Estado ha sido parte o no en la jurisprudencia de que se trate; y d) Los Estados que han ratificado la Convención tienen la obligación de adecuar su legislación interna para dar así cumplimiento a las normas de derechos humanos contenidas en él, conforme se deduce de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y de los artículos 1 y 2 de la primera²⁹.

En un sentido contrario, el internacionalista Álvaro Paúl expuso: a) Que la Corte Interamericana interpretó el artículo 4.1 de la Convención en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Empero, este fallo no es relevante para la discusión del proyecto de ley, puntualmente porque se refirió a la fecundación *in vitro* y porque es aplicable sólo a Costa Rica y no a Chile; b) El sistema jurídico chileno no reconoce la figura del control de convencionalidad en el mismo sentido que le da la Corte Interamericana; y c) No existen razones para afirmar que hay argumentos de derecho internacional para sostener la obligación de despenalizar o legalizar el aborto, y por el contrario, hay normas vinculantes que reafirman la protección al no nacido³⁰.

En la discusión en general en el segundo trámite constitucional ante el Senado, del senador Pedro Araya hizo referencia a la Convención Americana, señalando que: a) La Corte Interamericana, en el fallo Artavia Murillo se pronunció sobre la correcta interpretación del artículo 4.1 de la Convención, y descartó que en el sistema interamericano fuera procedente otorgar el estatus de persona al *nasciturus*. Agregó que tal protección no es absoluta, que no puede restringir los derechos de la mujer, y que, si sus derechos están en juego, a ella debe dársele la primera protección; y b) El reconocimiento de estos estándares debe formar parte del análisis del proyecto en estudio, el cual es coherente con los compromisos internacionales asumidos por el Estado de Chile³¹.

Contrariamente, los senadores Alberto Espina, Francisco Chahuán, Jacqueline Van Rysselberghe y Víctor Pérez mencionaron el artículo 4.1 de la Convención Americana para fundar que se es persona

28 Ibid.

29 Ver Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados recaído en el proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, Boletín N.º 9895-11, p. 50.

30 La exposición más detallada de esta postura puede consultarse en Paúl, Álvaro: “El Estado del aborto en el Derecho Internacional y algunas afirmaciones erradas del proyecto de ley chileno”, en “El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica”, Aguirrezabal y Bertelsen, editoras. *Cuadernos de Extensión Jurídica*, N.º 27, 2015, pp. 203-220.

31 Senado. Sesión 83.ª, martes 24 de enero de 2017. Boletín 9895-11.

desde el momento de la concepción, y que, a partir de allí, el derecho a la vida debe ser protegido. En consecuencia, el proyecto de ley sería contrario a la referida Convención³².

En este segundo trámite constitucional, también presentaron sus puntos de vistas profesores universitarios, entre quienes destaca (por su referencia expresa al control de convencionalidad), la internacionalista Ximena Gauché, quien expresó: a) El artículo 5.º del texto constitucional vigente permite incorporar los derechos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes al bloque constitucional de estos atributos; b) Además, el artículo 5.º obligaría al Estado, bajo la “amenaza” de un posible control de convencionalidad de los órganos del sistema interamericano, a considerar los estándares internacionales de derechos humanos, como es el caso Artavia Murillo, en el que la Corte Interamericana resolvió que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana; c) El reconocimiento de estos estándares internacionales debe ser parte del marco de la discusión legislativo-política en Chile sobre la interrupción voluntaria del embarazo; d) Corresponde considerar las consecuencias posibles para el país en materia de responsabilidad internacional y en aplicación de la doctrina del llamado “control de convencionalidad” desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, haciendo innegable que el legislador debe tener en cuenta el ordenamiento internacional y su interpretación; y e) El marco normativo para el control de convencionalidad se halla en los artículos 1, 2 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual Chile es parte³³.

Contrariamente a lo señalado, la constitucionalista Ángela Vivanco hizo presente que: a) La confrontación de la iniciativa en estudio se hace sólo con la Constitución Política, sin perjuicio del entorno de tratados internacionales y otras normas; b) Chile es un país que no tiene incorporación automática de dichos tratados a la Carta Fundamental, que no tiene normativa sobre control de convencionalidad, y que las sentencias del Tribunal Constitucional aclaran que los señalados instrumentos internacionales no modifican la Carta Fundamental; c) Conforme al Pacto de San José de Costa Rica, el derecho a la vida del embrión debe ser garantizado desde la concepción, que es precisamente lo que no hace el proyecto de ley en cuestión; d) Según la Convención sobre los Derechos del Niño, el proyecto de ley no otorga la debida protección al niño no nacido ni aplica el principio del “interés superior del niño”; y e) La iniciativa, al violar dos convenciones internacionales, es inconstitucional porque en Chile el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de conformidad al artículo 5º inciso segundo de la Constitución³⁴.

32 Senado. Sesión 83.^a, martes 24 de enero de 2017. Boletín 9895-11.

33 Una revisión más detallada del contenido de su exposición puede encontrarse en Gauché, Ximena, “Estándares sobre derechos sexuales y reproductivos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Aportes para su consideración en la discusión en Chile del proyecto de ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”, en *“Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile”*, Casas y Lawson, compiladoras, (Santiago: LOM), 2016, pp. 69-76.

En sentido coincidente, aunque con argumentos disímiles, expusieron: Yanira Zúñiga, relevando que la interpretación del artículo 4.1 de la Convención por la Corte Interamericana no puede ser disputada por ningún órgano chileno; Lidia Casas, con énfasis en las decisiones de los distintos comités de derechos humanos; y Luis Villavicencio, quien destacó el valor vinculante de la sentencia recaída en el caso Artavia Murillo, así como el precedente sentado por ella. Sesiones del 14 de noviembre y 14 de diciembre de 2016, Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Senado, Boletín 9895-11.

34 En la misma línea, con argumentos disímiles, expusieron los profesores Álvaro Paúl y Jorge Precht, este último con énfasis en la interpretación basada en elementos objetivos de la Convención, del que se desprendería que el feto es persona y que su derecho a la vida debe ser garantizado desde la concepción. Senado, Sesión N.º 14 de noviembre de 2016. Boletín 9895-11.

Como se observa, en ambos trámites constitucionales, varios parlamentarios refirieron a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a otros tratados del sistema universal de protección de los derechos, así como a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, particularmente el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, para señalar tanto que el *nasciturus* es persona desde la concepción y como tal titular del derecho a la vida, como para afirmar que el *nasciturus* no es persona y que el derecho a la vida reconocido convencionalmente no es absoluto. Es decir, la misma normativa internacional sirvió para fundar ambas posiciones encontradas, lo que evidencia una dificultad de interpretación de las normas internacionales. Sin embargo, al menos todos estos parlamentarios reconocieron la necesidad de que el debate legislativo y la aprobación de esta ley sean contestes con los tratados internacionales y, en algunos casos, con la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana.

En el marco del control de convencionalidad fijado por la Corte Interamericana, y siguiendo lo dispuesto por el artículo 1.1 y 2 de la Convención Americana, el Poder Legislativo debió legislar con miras a hacer efectivos los derechos y libertades previstos en la Convención Americana al aprobar el proyecto de ley sobre despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales; y esto supone observar lo dispuesto expresamente por la Convención en el artículo 4.1 sobre el derecho a la vida y, además, la interpretación que de dicha normativa hizo la Corte Interamericana en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Tal interpretación, en el contexto del control de convencionalidad tendría efectos *erga omnes*, es decir incluso para los Estados partes en la Convención que no fueron responsabilizados en ese litigio. Tal interpretación significa, en el contexto del proyecto de ley, las siguientes orientaciones: a) Después de la anidación el embrión no es considerado persona o titular del derecho a la vida, sino que constituye vida prenatal, protegible por la ley de manera gradual e incremental; y b) El derecho a la vida del concebido y no nacido tiene un carácter no absoluto. Su protección no puede justificar la negación total de otros derechos.

3. Control de convencionalidad por el Tribunal Constitucional

Con fecha 28 de agosto de 2017, el Tribunal Constitucional, en la sentencia Rol N.º 3729-17, resolvió el requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de diputados y senadores, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

En la primera parte de la sentencia (considerando décimo) el Tribunal Constitucional señaló sobre lo que no se pronunciará, destacando que no *“examinaremos la forma en que afectan a Chile las sentencias de Tribunales Internacionales, ni las Declaraciones formuladas por Comités creados por ciertos Tratados Internacionales”*.

Empero, el órgano de justicia constitucional reconoció que sí consideró una serie de antecedentes, como la regulación del aborto en los tratados internacionales y las formas en que la sentencia de la Corte Interamericana contempla al que está por nacer, para *“un adecuado análisis de nuestra decisión”* (considerando décimo primero).

A propósito de la primera cuestión, esto es la regulación del derecho a la vida y del aborto por los tratados internacionales, en el considerando decimosexto expuso: *“Que, en materia de Tratados Internacionales generales, suscritos y ratificados por Chile, cabe destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo tercero establece que “todo individuo tiene derecho a la vida”. Enseguida,*

la Convención Interamericana de Derechos Humanos, cuyo artículo cuarto dispone 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. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo sexto que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

En el considerando décimo noveno, respecto de las formas en que las sentencias tratan al que está por nacer, el Tribunal Constitucional señaló: *“En el mismo sentido, se expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, del año 2012. La Corte sostuvo que la protección del que está por nacer no es absoluta, sino que gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional.”*

Con relación a los elementos que guiaron el razonamiento del Tribunal Constitucional, el considerando trigésimo tercero expuso como uno de ellos a: *“la autonomía con los derechos de la mujer como persona”*. En lo relativo a los tratados internacionales, el órgano de justicia constitucional reconoció una serie de *“avances”* que, según el considerando trigésimo séptimo, son la promulgación de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra La Mujer (D.S. N°789, Relaciones Exteriores, 1989), y la promulgación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (D.S. N.º 1.640/1998). En el considerando trigésimo octavo, afirmó además: *“Que dichos tratados han reiterado que la mujer tiene ciertos derechos tradicionales, como su libertad, su privacidad, los que puede gozar, ejercer y demandar protección a plenitud. Pero han avanzado en el reconocimiento de otros nuevos que profundizan y desarrollan los derechos tradicionales (...) Entre estos nuevos énfasis destacan aspectos relacionados con la maternidad. Así, se le reconoce el derecho para contraer matrimonio, para elegir libremente al cónyuge, para asumir los mismos derechos durante el matrimonio o su disolución. Asimismo, se le reconoce el derecho a acceder a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia. También, a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el intervalo entre los nacimientos.”*

Luego refuerza la idea que los tratados mencionados son un marco para interpretar los *“avances”* de los *“aspectos”* relacionados con la maternidad y el embarazo, en los siguientes términos: *“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.”* (Considerando trigésimo noveno).

Respecto al límite temporal de la vida, el Tribunal Constitucional reiteró la referencia al caso Artavia Murillo vs. Costa Rica y en el considerando quincuagésimo primero expresó: *“Todos conocemos la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo sobre esta disposición, en el caso Artavia Murillo versus Costa Rica. En lo que aquí interesa, esta sostuvo dos cosas. Por una parte, que la protección del que está por nacer no es absoluta sino que gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional. Por la otra, dicha protección implica proteger a la mujer, porque la concepción ocurre dentro de su cuerpo.”*

El considerando centésimo noveno, el Tribunal Constitucional presentó los siguientes argumentos al tratar la causal de violación, vinculados a los tratados internacionales: *“Que se trata de darle a la mujer una defensa tardía del ataque vejatorio de que fue objeto. La mujer no tiene por qué hacerse cargo de los efectos del delito. En efecto, una cosa es el embarazo, que dura un tiempo. Y otra es 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 contra la mujer.”

Como se aprecia el Tribunal Constitucional: a) Rechazó manifestarse sobre el valor vinculante o no de la jurisprudencia interamericana y de las declaraciones de los Comités; b) Mencionó cómo los tratados del ámbito universal y americano consagran el derecho a la vida; c) Refirió la forma en que la jurisprudencia de la Corte Interamericana considera al que está por nacer y su protección no absoluta; d) Dio cuenta del avance de los derechos de la mujer en el contexto de los tratados y se detuvo en lo que corresponde a la maternidad, señalando que dichos tratados reconocen el derecho a contraer matrimonio, elegir libremente al cónyuge, asumir los mismos derechos durante el matrimonio o su disolución, a acceder a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia, a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos; y e) Destacó que los tratados internacionales imponen al Estado el deber de evitar la violencia física, sexual y psicológica contra la mujer.

Todas las menciones del Tribunal Constitucional al *corpus iuris* interamericano antes señaladas fueron antecedentes para el análisis de la decisión y elementos que guiaron el razonamiento. Cuestión de total trascendencia. Sin embargo, estas consideraciones no implicaron el ejercicio del control de convencionalidad, que –como se dijo en la introducción de este trabajo– es un ejercicio de control normativo, de compatibilidad, de contraste, entre la normativa interna y la Convención Americana y la jurisprudencia interamericana.

4. Conclusiones

Si bien con distinta profundidad, es posible corroborar que tanto el Poder Legislativo como el Tribunal Constitucional consideraron las normas contenidas en tratados internacionales y los estándares internacionales de protección de los derechos humanos al momento de legislar y de orientar el análisis de la decisión de control de la legislación que despenalizó el aborto en tres causales.

Así, durante la formación de ley en comento, los parlamentarios de las diferentes bancadas refirieron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y otros tratados del sistema universal de protección de los derechos, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana, particularmente el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, para plantear su rechazo o adhesión al proyecto de ley. Los argumentos para el rechazo fueron que el *nasciturus* es persona desde la concepción y como tal titular del derecho a la vida; y las razones para votar favorablemente el proyecto fueron que el *nasciturus* no es persona y que el derecho a la vida reconocido convencionalmente no es absoluto. Es decir, la misma normativa internacional sirvió para fundar ambas posiciones encontradas, lo que evidencia una dificultad o problema de interpretación de las normas internacionales. Sin embargo, al menos todos estos parlamentarios reconocieron la necesidad de que el debate legislativo y la aprobación de esta ley sean contestes con los tratados internacionales y, en algunos casos, también con la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana.

Por su parte, el Tribunal Constitucional trató al *corpus iuris* interamericano como un antecedente para el análisis de la decisión y como elemento que rigió su razonamiento. Sin embargo, estas consideraciones no suponen el ejercicio del control de convencionalidad, entendido como un ejercicio de control normativo, de compatibilidad, de contraste, entre la ley interna y la Convención Americana y la jurisprudencia interamericana.

Bibliografía

Doctrina

- Chía, Eduardo y Contreras, Pablo: “Análisis de la sentencia Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, Año 12, N.º 1, 2014.
- García, Sergio: “El control judicial interno de convencionalidad”, en *Revista Ius*, Vol.5, N.º 28, 2011.
- Gauché, Ximena. “Estándares sobre derechos sexuales y reproductivos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Aportes para su consideración en la discusión en Chile del proyecto de ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”, en “*Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*”, Casas y Lawson, compiladoras, (Santiago: LOM), 2016.
- Henríquez, Miriam: “La polisemia del control de convencionalidad interno”, en *Revista International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N.º 24, 2014.
- Henríquez, Miriam y Núñez, José Ignacio: “Control de convencionalidad en Chile. Un soliloquio en el “Laberinto de la soledad”, en “*El control de convencionalidad: un balance a 10 años de Almonacid*” Henríquez y Morales, coordinadoras, (Santiago: DER Ediciones), 2017.
- Ibáñez, Juana: “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *VIII Anuario de Derechos Humanos*, 2012.
- Nogueira, Humberto: “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales”, en “*El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*”, H. Nogueira, coordinador, (Santiago: Librotecnia), 2012.
- Paúl, Álvaro: “El Estado del aborto en el Derecho Internacional y algunas afirmaciones erradas del proyecto de ley chileno”, en “El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica”, Aguirrezabal y Bertelsen, editoras, *Cuadernos de Extensión Jurídica*, N.º 27, 2015.
- Ruiz Miguel, Alfonso y Zúñiga, Alejandra: “Derecho a la vida y Constitución: Consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Artavia Murillo v. Costa Rica”, en *Estudios Constitucionales*, Año 12, N.º 1, 2014.
- Sagüés, Néstor: “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 8, N.º 1, 2010.
- Undurraga, Verónica: “*Aborto y protección del que está por nacer en la Constitución chilena*”, (Santiago: Thomson Reuters), 2013.
- Zúñiga, Francisco: “Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica”, en “*El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*”, Nogueira, Humberto, coordinador. (Santiago: Librotecnia), 2012.

Jurisprudencia

- Corte IDH. Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006.
- Corte IDH. Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2012.

Corte IDH. Boyce y otros vs. Barbados, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 20 de noviembre de 2007.

Corte IDH. Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2010.

Corte IDH. Gelman vs Uruguay, Sentencia de fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011.

Corte IDH. Heliodoro Portugal vs. Panamá, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12 de agosto de 2008.

Corte IDH. Masacres de Río Negro vs. Guatemala, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 4 de septiembre de 2012.

Corte IDH. Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006.