

# **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 ley “protege” la vida del que está por nacer: ¿En qué situación ha quedado el concebido pero no nacido a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional?

---

José Ignacio Martínez Estay\* e Ignacio Covarrubias Cuevas\*\*

## RESUMEN

El artículo revisa la reciente sentencia del Tribunal Constitucional sobre la despenalización de la interrupción del embarazo en tres causales desde la perspectiva del derecho a la vida del no nacido y la compara con la jurisprudencia anterior de esta corte en los casos de trasplante de órganos y la píldora del día después. Concluyen los autores que el estatuto constitucional del nasciturus no ha cambiado.

## 1. Dignidad humana y derecho a la vida. ¿Se ha alterado el estatuto constitucional del *nasciturus* por la sentencia rol 3729-17 del Tribunal Constitucional?

Lo propio de los derechos constitucionales<sup>1</sup> es el hecho de que emanan de la naturaleza humana, del hecho de ser un humano<sup>2</sup>. Eso es precisamente lo que diferencia los derechos proclamados por el

---

\* Doctor en Derecho de la Universidad de Santiago Compostela, España. Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

Este trabajo se inserta en el proyecto Fondecyt N.º 1150869, “Los conceptos jurídicos indeterminados de la Constitución chilena en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Significado, contenidos y alcances”, del que es investigador responsable José Ignacio Martínez Estay.

\*\* Doctor en Derecho de la Universidad de los Andes. Miembro del Centro de Justicia Constitucional UDD. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Político de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

1 La expresión “*derechos constitucionales*” es utilizada aquí para referirse a todos aquellos derechos cuyo reconocimiento y proclamación se debe al surgimiento del constitucionalismo, no a todo derecho consagrado en una Constitución.

2 Pereira señala que el constitucionalismo nace a partir de esta premisa, lo que resulta lógico, pues si los derechos “*los tiene el hombre por naturaleza no pueden ser retirados por ninguna ley, ni siquiera por la super-ley que es la Constitución. Los padres fundadores del constitucionalismo fueron conscientes de ello y por eso la Constitución nació para los derechos y no los derechos a causa de la Constitución*”. Pereira Menaut, Antonio Carlos, *Lecciones de Teoría Constitucional*, 5.ª ed. española (Santiago de Compostela, Andavira), 2016, p. 434. Para Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* esos derechos eran el derecho a la vida, el derecho a la libertad y el derecho de propiedad.

constitucionalismo de aquellos anteriores al mismo, que se tenían sólo en calidad de miembro de un determinado grupo social<sup>3</sup>. A su vez, la embriología enseña que cuando un espermatozoide fecunda un óvulo se crea un ser nuevo y distinto, un embrión, que es la forma más joven de un ser. Al comienzo este nuevo ser tiene carácter unicelular, pero esa primera célula contiene ya toda la información constitutiva de aquel. Y si aquella célula es el resultado de la unión de gametos humanos, se trata de un ser humano, porque es un ser y además es humano, pues pertenece a la especie humana. Por eso Moore y Persaud señalan tajantemente que el “*cigoto o embrión es el comienzo de un nuevo ser humano*”<sup>4</sup>. Y este nuevo ser es fruto, sea querido o no, de quien lo engendra.

A este respecto, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha sostenido expresamente que el derecho a la vida, consagrado en el artículo 2.2 de la Ley Fundamental de Bonn<sup>5</sup>, no puede limitarse sólo a la vida humana después del nacimiento. Por el contrario, este derecho abarca a todo aquel que viva, y ninguna distinción puede ser hecha entre las etapas individuales de desarrollo de la vida antes del nacimiento: la expresión “*todos*” del artículo 2.2 de la Constitución alemana, significa toda vida de un ser humano<sup>6</sup>.

Asimismo, en el caso Oliver Brüstle y Greenpeace eV, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) señaló que “*todo óvulo humano, a partir de la fecundación, deberá considerarse un «embrión humano»... habida cuenta de que la fecundación puede iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano*” (considerando 35). Por tal razón, el alto tribunal europeo excluye la posibilidad de patentar procedimientos o productos que supongan “*la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44*”, incluida “*la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil*” (parte declarativa de la sentencia). A juicio del TJUE ello implica que la referida Directiva “*excluye la patentabilidad de una invención cuando la información técnica objeto de la solicitud de patente requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que estos se utilicen y aunque la descripción de la información técnica reivindicada no mencione la utilización de embriones humanos*”<sup>7</sup>.

Como se ve, ambas importantes magistraturas parten de la base de que el no nacido, desde la fecundación, es un ser humano, con una dignidad consustancial a nuestra especie, y no una cosa. Algo parecido concluyó también el juez norteamericano W. Dale Young en el caso Davis v. Davis (año 1989), aunque de manera menos técnica, pero cargada de un poético sentido común. En efecto, Young fundamentó su decisión de considerar al embrión como un ser humano en un trozo del acto II, escena

3 Como recuerda Alejandro Silva Bascuñán, en la edad media nacen cartas forales, “*documentos en los que el señor noble admitía a los diversos estamentos que integraban el feudo, derechos, franquicias, privilegios, libertades, exenciones, etc., con lo cual esos cuerpos colectivos conquistaban importancia, influencia y estabilidad*”; Silva Bascuñán, Alejandro, *Derecho Político. Ensayo de Una Síntesis*, 2.ª ed. (Santiago de Chile, Edit. Jurídica), 1984, p. 157. Pereira agrega que, si bien en la Edad Media había derechos, éstos eran distintos de los constitucionales, entre otras cosas, porque los derechos medievales “*protegían al hombre como miembro de un grupo social o población concreta*”; Pereira, Op. Cit., p. 453.

4 Moore, Keith y Persaud, T.V.N, *Embriología clínica*, 8.ª ed. (Madrid, Ed. Elsevier) vol. I, 2009, p. 2. El padre de la genética moderna, Jérôme Lejeune (descubridor del trisoma 21), decía que si un cigoto es producto de la unión de gametos humanos es un ser humano, porque es un ser y es humano; Lejeune, Jérôme, *¿Qué es el Embrión Humano?* (1993).

5 El precepto dice: “*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán verse afectados en virtud de una ley*”.

6 BVerfGE 39, 1 (1975).

7 Tribunal Constitucional Federal Alemán, C-34/10 (2011)

II, de Romeo y Julieta de William Shakespeare: “...¿Qué cosa representa un simple nombre? Porque si llamásemos a una rosa con cualquier otro epíteto, su perfume sería el mismo”<sup>8</sup>.

Por su parte nuestro Tribunal Constitucional, en su conocida sentencia rol 740, asumió una posición similar a la señalada hasta aquí, ya que no sólo reconoció al *nasciturus* como persona humana, dotada de una dignidad consustancial, sino que además la titularidad del derecho a la vida. En efecto, en dicho fallo el Tribunal sostuvo que “*para el Constituyente –y a diferencia de lo que pueda desprenderse del examen de normas legales determinadas–, el embrión o el nasciturus es persona desde el momento de la concepción*” (considerando 54). Y agregó que el mandato de protección por el legislador de la vida del no nacido del numeral 1 del artículo 19, “*importa la protección de un derecho y no sólo del bien jurídico de la vida*” (considerando 58).<sup>9</sup>

No obstante, desde la dictación de la sentencia del Tribunal Constitucional rol 3729-17, que legaliza el aborto en tres causales (en adelante “sentencia de aborto”), se ha difundido la idea de que esta decisión habría alterado el estatuto constitucional del *nasciturus*. Creemos que ello se debe a una errónea lectura del fallo, y a un desliz en que incurren cinco de los seis ministros que estuvieron por declarar constitucional el proyecto de ley (Carlos Carmona, Gonzalo García, Nelson Pozo, María Luisa Brahm y José Ignacio Vásquez). En los considerandos 20 y 21 de su decisión, estos cinco ministros plantearon la necesidad de zanjar la presunta discrepancia que existiría en dos casos previos resueltos por el Tribunal. La forma de zanjar esa supuesta contradicción fue afirmando que el ser en gestación es “*vida humana con expectativas de alcanzar el estatus de persona*”<sup>10</sup>, pero no es titular de derechos, ni es persona.

El problema está en que la supuesta diferencia entre aquellos fallos nunca ha existido. Estos cinco ministros sostuvieron que mientras en el fallo sobre la ley de trasplante de órganos se habría dicho que “*la Constitución regula la vida desde el nacimiento y durante la existencia de la persona, la que termina con su muerte natural*”, la posterior sentencia sobre píldora del día después sostuvo “*que la protección constitucional de la persona se inicia desde el momento mismo de la concepción*”<sup>11</sup>.

Pues bien, una lectura detenida de ambas resoluciones permite afirmar que no existe tal supuesta contradicción. En efecto, la sentencia sobre trasplante de órganos no dice lo que le atribuyen los ministros Carmona, García, Pozo, Brahm y Vásquez, sino que, por el contrario, afirma que “*la Constitución regula la vida desde antes del nacimiento y durante la existencia de la persona, la que termina con su muerte natural*”, y que la protección constitucional de la vida abarca todo ese período<sup>12</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, debe considerarse además que el sexto ministro que estuvo por rechazar los requerimientos (Domingo Hernández), dejó expresa constancia en su prevención de cómo debía entenderse su decisión. En tal sentido no sólo precisó que las tres causales de la ley deben interpretarse restrictivamente, sino que además sostuvo que el concebido pero no nacido es un ser humano vivo, que existe como tal desde su concepción. Y agregó que la discusión sobre si el *nasciturus* es o no persona es propia del Derecho Civil, atinente sólo para efectos pragmáticos y patrimoniales, y

8 Más antecedentes sobre este juicio pueden consultarse en Lejeune, Op. Cit.

9 Tribunal Constitucional, rol 740, considerandos 54 y 58.

10 Tribunal Constitucional, rol 3729-17, considerando 40.

11 Ibid., considerandos 20 y 21. Alude a la sentencia del Tribunal Constitucional, rol 740, considerandos 49, 50, 52 y 53.

12 Tribunal Constitucional, rol 220, considerando 6.



“no puede llegar a significar que el feto antes de nacer sea sólo un mero ‘centro de atribución o imputación normativa’, y no una forma de vida humana plena sólo que en otro estadio de evolución, sin derecho a la vida y disponible para la madre, dadas ciertas circunstancias”<sup>13</sup>. Es importante destacar que esta posición del ministro Hernández es coincidente con la que sostuvieron los cuatro ministros que estuvieron por acoger los requerimientos (Iván Aróstica, Marisol Peña, Cristián Letelier y Juan José Romero).

Por todo ello estimamos que sigue vigente la doctrina sentada en los fallos trasplante y píldora del día después, porque no existe discrepancia entre estos, y porque en la sentencia de aborto en tres causales no hubo mayoría para alterar aquella doctrina, ya que no operó el voto dirimente del presidente del Tribunal. En resumen, en nada ha cambiado el estatuto constitucional del *nasciturus*, quien desde el punto de vista constitucional no sólo es un ser humano, sino que además es titular del derecho a nacer. Por ende, no ha perdido vigencia la idea de que lo determinante para la titularidad de los derechos constitucionales es el ser un humano, y no cabe duda de que el no nacido lo es, independientemente de que sea un embrión o un feto. La edad, etapa o grado de desarrollo de un ser humano<sup>14</sup> no obsta para ser titular de aquellos derechos que emanan de su naturaleza humana, menos aun cuando ese derecho es el supuesto de todos los demás<sup>15</sup>.

## 2. La protección penal de la vida y el contenido mínimo del derecho a la vida: el derecho a no ser privado directamente de la vida

### 2.1 ¿En qué sentido la vida es un derecho?

¿Es la vida un derecho? ¿Es posible que toda esa realidad física y espiritual llamada vida pueda constituir una pretensión jurídica susceptible de tutela judicial? Como se sabe, Dworkin ha sostenido a propósito de la libertad que no existe un “*derecho a la libertad*”, ya que esta, la libertad, es un objeto inabarcable, lo que hace imposible contar con un derecho concreto y por tanto fuerte, o, parafraseando a este autor, “*en serio*”<sup>16</sup>. Algo similar ocurre con la vida, pues se trata de una realidad demasiado compleja como para ser concretada y abarcada en un derecho. Ni la una ni la otra pueden ser objeto en su totalidad de una pretensión sometida a la consideración de un juez. De ahí que el reconocimiento del “*derecho a la vida*” por una constitución no significa la garantía de todos y cada uno de los aspectos que conforman la realidad biológico-espiritual llamada vida. Y obviamente, ningún poder constituyente o legislativo ni un juez pueden dar o crear vida.

13 Tribunal Constitucional, rol 3729-17, considerandos 1a y 1c, prevención del ministro Hernández.

14 Según Sadler “[E]l desarrollo se inicia con la fecundación, proceso mediante el cual el gameto masculino o espermatozoide y el gameto femenino u ovocito se fusionan y originan un cigoto”; Sadler, T.W, *Embriología médica*, 12.ª ed. (Barcelona, Ed. Walter Williams & Wilkins), 2012, p. 10.

15 Ingo Von Münch, junto con afirmar la titularidad del derecho a la vida de parte del *nasciturus*, señala que esta circunstancia no se ve alterada por el hecho de que aquél no pueda reclamar judicialmente de la violación de su derecho. En esto último, señala, el *nasciturus* no se “*diferencia de los menores de edad y enfermos mentales, personas cuya capacidad para ostentar derechos fundamentales no está sujeta a ningún tipo de dudas en lo que atañe a los derechos fundamentales a la dignidad de la persona humana y a la vida*”; Von Münch, Ingo, “La Dignidad del Hombre en el Derecho Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 2, 1982, p. 16.

16 Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, 2.ª ed. (Barcelona, Ariel), 1984, pp. 380-395.

Por todo eso en sentido jurídico la expresión "*derecho a la vida*" sólo puede referirse a aquellos aspectos de la vida que puedan ser entendidos como una facultad, es decir, como una pretensión susceptible de tutela judicial<sup>17</sup>. Desde este punto de vista el "*derecho a la vida*" significa el derecho a no ser privado de la vida, lo que incluye la facultad de defenderse de los ataques directos a ella. De esto fluye como contrapartida el deber que tiene el Estado de proteger la vida, y por ende de no adoptar ni amparar conductas que impliquen provocar la muerte intencionada. Ese es el sentido que se debe dar a la expresión "*derecho a la vida*" a lo largo de este trabajo.

## 2.2 La protección penal de la vida

Para el derecho constitucional, los derechos y libertades son su razón de ser. De hecho, la Constitución fue inventada para protegerlos del poder estatal<sup>18</sup>, al cual exige abstenerse de atentar contra aquéllos. Pero eso no significa que el Estado deba permanecer impasible. Al contrario, es deber del Estado no sólo la abstención de atentar contra los derechos y libertades, sino además velar porque sean respetados por todos los miembros de la colectividad.

Por otra parte, es habitual que las constituciones utilicen conceptos indeterminados en sus formulaciones normativas, lo que en cierta forma facilita que ellas se centren en lo esencial según su fin<sup>19</sup>, de manera de entregar al legislador el desarrollo o especificación de aquello que no lo es. No obstante, este margen entregado por la Constitución al legislador no implica que cualquier tipo de concreción o especificación sea válido<sup>20</sup>, pues esto no es posible en un sistema constitucional en que rijan un auténtico Estado de Derecho, que supone el sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución, incluido el legislador.

A este respecto debe recordarse que el art. 19 N.º 1 de la Constitución ordena al legislador proteger la vida del no nacido. Se trata de un mandato claro, proteger, y en este esquema no resulta lícito que la ley transforme el sentido de la palabra al punto de torcer su significado. Y es que una cosa es que la Constitución deje abiertas diversas opciones de desarrollo o especificación de mandatos dirigidos al legislador, y otra muy distinta es que éste vacíe de contenido las palabras, a fin de validar opciones que no fueron contempladas por la Carta Fundamental.

Estas consideraciones resultan relevantes a la hora de determinar los límites del legislador en materia penal, ya que probablemente este ámbito del Derecho es una de las vías más importantes y eficaces de las que el Estado se vale para cumplir con su deber de brindar protección a los derechos y libertades, entre

---

17 En este trabajo se parte del supuesto de que los derechos, en sentido jurídico, son facultades justiciables, es decir, susceptibles de ser invocadas ante un juez, a fin de que éste las tutele y ampare. A propósito de la libertad Dworkin dice que, si bien no existe un "*derecho a la libertad*", sí es posible traducir a derechos determinados aspectos de la libertad, lo que hace posible hablar de "*derechos a libertades*"; *ibíd.*, pp. 388-395. Este es el mismo razonamiento que se ha usado para interpretar el derecho a la vida de la forma que se ha indicado arriba.

18 Friedrich, Carl J. *Gobierno Constitucional y Democracia*, 4.ª ed. (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), vol. I, 1975, p. 39; Pereira, Op. Cit., p. 22-25; Kriele, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado* (Buenos Aires, Depalma), 1980, pp. 157-161.

19 Evidentemente el fin de una Constitución dependerá del concepto que de ella se tenga. En este trabajo se asume que es un límite al poder por medio del Derecho, con el objeto de garantizar la dignidad y derechos esenciales del ser humano.

20 García Salgado explica esto de la siguiente manera: "*cuando el legislador utiliza conceptos indeterminados está invitando a los operadores jurídicos a que sean ellos quienes los precisen y está renunciando a petrificar un único sentido concreto y con ello una única solución concreta, sin que esto quiera decir que sea válido cualquier resultado*"; García Salgado, María José, "Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean", en *Anuario de Filosofía del Derecho* 2003, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2003, p. 111.

ellos el derecho a la vida<sup>21</sup>. De ahí que quepa preguntarse si el mandato de protección de la vida del no nacido resulta compatible con la legalización de atentados contra la vida del *nasciturus* en determinadas circunstancias, usualmente complejas, y en algún caso dramáticas. A nuestro juicio, desde el punto de vista jurídico, la respuesta a esta pregunta debe encontrarse en la razón y no en los sentimientos o las sensaciones que nos provocan aquellas circunstancias, porque el Derecho pertenece al género de lo razonable<sup>22</sup>.

Desde ese punto de vista vale la pena cuestionarse acerca de si el deber de protección que pesa sobre el Estado respecto del no nacido incluye la posibilidad de amparar acciones destinadas a provocar su muerte directa. La pregunta es relevante, porque si bien la justicia del caso concreto puede hacer aconsejable no sancionar a quien ha enfrentado circunstancias complejas y dramáticas, ello no es lo mismo que legalizar y facilitar conductas destinadas a privar de la vida intencionadamente a alguien. Para el Derecho Penal es comprensible que en determinadas circunstancias no se pueda exigir un comportamiento acorde a sus preceptos<sup>23</sup>, pero ello no significa que en abstracto la conducta eximida sea lícita.

Bajo esa premisa, es el juez quien debe analizar en cada caso concreto si se cumplen o no los requisitos que autoricen tratar una conducta como excepción, a fin de no dar cumplimiento a la regla general de la aplicación de la pena. Y la diferencia no es menor, porque resulta evidente que no es lo mismo que el Estado renuncie en determinados supuestos a aplicar una pena, que autorizar y facilitar la comisión de una conducta per se ilícita, pues esto último implica ni más ni menos reconocer un derecho, que en el caso de la legalización del aborto supondría la facultad de privar de su vida al concebido pero no nacido.

Pero como acertadamente destaca De Otto, “*ejercer coacciones sobre alguien no es contenido de ningún derecho*”<sup>24</sup>. El tema es grave, porque no tiene sólo repercusiones jurídicas, sino también morales, ya que transformar algo que en sí mismo no es ni bueno ni deseable en un derecho, “*inevitablemente acaba normalizando socialmente tal conducta*”<sup>25</sup>.

### 2.3 *El nasciturus y el derecho a no ser privado directamente de la vida*

Del tenor literal del artículo 19 N.º 1 de la Constitución se desprende, con meridiana claridad, que sobre el Estado pesa la obligación de proteger la vida del no nacido, y resulta poco lógico concluir que este deber incluye la posibilidad de permitir matarlo directamente. Por ello puede afirmarse que el *nasciturus* tiene derecho a la vida, y en concreto, el derecho a que no se le prive de ella, lo que obviamente incluye el derecho a nacer.

---

21 Gomes Canotilho llama la atención sobre el hecho de que una de las consecuencias del derecho a la vida es el deber del Estado de protegerla “*contra los ataques o medidas de terceros*”. Al efecto el Estado puede adoptar medidas jurídico-normativas, por ejemplo, a través de leyes penales; Gomes Canotilho, José, “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1988, pp. 249-250.

22 Como destaca Buttiglione: “*Desde el punto de vista del sentimentalismo moderno es realmente imposible estar en contra del aborto*”; Buttiglione, Rocco, “El respeto por la vida inocente”, *Artes y Letras de El Mercurio*, Santiago de Chile, 1994, p. 10. Sobre derecho y razonabilidad puede consultarse Martínez Estay, José Ignacio y Zúñiga Urbina, Francisco, “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales* año 9, N.º 1, 2011.

23 Es más, sin necesidad de recurrir a argumentaciones forzadas y contradictorias, las eximentes podrían incluso aplicarse a casos en que se actuase ilícitamente para defender valores menos trascendentes que la vida.

24 De Otto, p. 146.

25 Ollero, Andres, *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, (Madrid, RIALP), 1994, p. 45.

Como se señaló antes, a nuestro juicio la sentencia del Tribunal Constitucional sobre aborto no ha alterado el estatuto constitucional del no nacido, pues sigue vigente la doctrina sentada en los fallos sobre trasplante y píldora del día después, de los cuales se desprende sin contradicción alguna que el *nasciturus* es persona desde el punto de vista constitucional. Por tal razón, él es titular del derecho a la vida, de manera que el mandato dirigido al legislador por el inciso 2.º del art. 19 de la Constitución debe partir precisamente de ese supuesto. Como se comprenderá, esta cuestión cobra particular importancia para el legislador penal. A este respecto es importante destacar que el mensaje del proyecto de ley de aborto señaló que se pretendía hacer frente a las situaciones dramáticas reflejadas en las tres causales sobre las que se ha legislado.

Ahora bien, una somera revisión de las legislaciones relativas al aborto demuestra que existen varios modelos para abordar aquellas tres dramáticas situaciones por parte del legislador, entre otros:

- a) Modelo de “exculpación” frente a determinadas situaciones (inexigibilidad).
- b) Modelo de “despenalización” en sentido estricto (renuncia a pena y sustituye).
- c) Sistema de “plazos” (antes del que fije el legislador, no hay ser humano protegible).
- d) Sistema de indicaciones (o causales), en el que el no nacido es un mero interés protegible, pero carece de dignidad (la mujer decide limitadamente).
- e) Modelo de “aborto libre”, en el que existe autonomía de la madre, y disponibilidad absoluta del no nacido (la mujer decide absolutamente).
- f) Equivalentes “funcionales”, caso en el cual interactúan normas penales (de conducta, sancionadoras, de exculpación y eximentes) con normas procesales (oportunidad, no perseverancia, etc.). La aplicación de estas normas puede llevar a exculpar o a renunciar a la persecución penal.

Los supuestos y las consecuencias de estos modelos son distintos. En efecto, en los modelos de “exculpación”, “despenalización” y en los con equivalentes “funcionales”, el no nacido es titular del derecho a la vida, en concreto del derecho a nacer. El no nacido posee una dignidad consustancial al ser humano. Por su parte, en los modelos de “plazo”, y en los de “indicaciones” el no nacido no es sujeto, sino sólo bien jurídico, un objeto susceptible de protección jurídica. El aborto pasa a ser un derecho de la mujer, que el Estado debe amparar y satisfacer. Y en el sistema de “aborto libre” el no nacido no es ni siquiera un interés o bien jurídico.

Hasta la aprobación de la ley de aborto, en Chile ha estado vigente el modelo de equivalentes funcionales. Pero, a partir de aquella, se ha introducido en nuestro país la lógica propia del modelo de legalización. Así, mediante el uso de las técnicas de las indicaciones y los plazos (esto último en el caso de la causal de violación), se atribuye expresamente a la mujer la facultad de decidir si continúa o no con el embarazo en los casos que se contemplan. El no nacido es sólo un bien jurídico, un objeto de protección, no un sujeto protegido por el derecho. Así lo han entendido también cinco de los diez ministros del Tribunal Constitucional, para quienes el no nacido no es titular del derecho a la vida.

Bajo esta misma lógica, si el *nasciturus* no tiene derecho fundamental a la vida, tampoco goza del derecho a nacer, por lo que su expectativa de protección es mínima e impotente frente al derecho

a la integridad física y síquica de la mujer embarazada. Es lo que entendieron estos cinco ministros al afirmar que el proyecto de ley pondera “entre un derecho fundamental y un interés protegido legalmente”, por lo que “el legislador opta por maximizar la protección del derecho constitucional a la vida de la madre o de la mujer”<sup>26</sup>. Añaden los ministros que “el costo de interrumpir el embarazo y hacer cesar la gestación de una vida humana con expectativas de alcanzar el estatus de persona, es alto y puede ser doloroso, pero de ningún modo puede compararse ni es proporcional al sacrificio de la vida de una persona plena, de una mujer o una madre con un proyecto vital en pleno desarrollo en el mundo, en el medio social y familiar”<sup>27</sup>.

Se introduce de este modo un criterio –plenitud vital o proyecto vital en pleno desarrollo– conforme al cual sería posible comparar y evaluar distintos estadios en la vida de un ser humano. Allí se encontraría el supuesto para sostener que la protección constitucional del derecho a la vida depende de sus grados de plenitud o desarrollo. Para la Constitución habría vidas humanas que valen menos que otras, lo que dependerá de la etapa de desarrollo y circunstancias que acompañan la vida humana.

En otros términos, para cinco ministros el derecho a la vida, reconocido en el inciso primero del artículo 19, no extiende su manto protector al que está por nacer. Si así fuera, señalan, “el inciso segundo resultaría absolutamente redundante”<sup>28</sup>. Para estos cinco ministros, el derecho a la vida admite excepciones legales, como sería el caso de la “legítima defensa” o los “estados de necesidad”<sup>29</sup>, con lo cual asumen una posición que se distancia de la habitualmente sostenida en estas materias. En efecto, ambas situaciones son manifestaciones del principio de doble efecto, donde la muerte de un tercero es una consecuencia no deseada e indirecta de una acción que persigue la auto preservación. Difícilmente puede haber acción homicida si no hay acción ni conducta encaminada directamente a privar a otro de la vida.

Como se comprenderá, si para estos cinco ministros los seres humanos nacidos pueden ver limitado legalmente su derecho a la vida mediante la consagración de instituciones jurídicas que ampararían una especie de “derecho a matar” (legítima defensa y estados de necesidad), con mayor razón puede ocurrir lo mismo con el *nasciturus*. De esta manera, la expresión “protege” es interpretada de una manera que no parece compatible con el sentido natural y obvio de ella<sup>30</sup>.

A estas alturas se percibirá con relativa claridad que la opinión de aquellos cinco ministros no se ajusta a lo ya resuelto por el mismo Tribunal en las sentencias sobre trasplante y píldora del día después, ni a lo que opinan los otros cinco ministros del fallo rol 3729. Entonces, ¿el *nasciturus* tiene derecho a la vida y por ende derecho a nacer? Y si es así, ¿cómo debe interpretarse la ley de aborto? En nuestra opinión, y como ya se ha adelantado en este trabajo, la respuesta a la primera pregunta es sin duda afirmativa. Es decir, el concebido pero no nacido es titular del derecho a la vida, por cuanto es persona en el sentido constitucional del término, esto es, un ser humano.

---

26 Tribunal Constitucional, rol 3729-17, considerando 40.

27 Ibid.

28 Ibid., considerando 31.

29 Ibid., considerando 32. Para sostener que el derecho a la vida no es absoluto, los cinco ministros afirman que “el legislador penal establece causales de exculpación y de justificación en determinados delitos contra las personas, por ejemplo, en situaciones de legítima defensa o estados de necesidad”.

30 Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua proteger tiene dos significados, y ninguno de ellos resulta compatible con la posición asumida por estos cinco ministros: “1. tr. Resguardar a una persona, animal o cosa de un perjuicio o peligro, poniéndole algo encima, rodeándolo, etc. U. t. c. prnl.  
2. tr. Amparar, favorecer, defender a alguien o algo”.

Con relación al segundo cuestionamiento, estimamos que, si bien seis de los diez ministros de la sentencia rol 3729 estuvieron por rechazar los requerimientos contra la ley de aborto, no puede perderse de vista que uno de ellos, el ministro Hernández, se apartó no sólo respecto de la visión que los otros cinco tienen del *nasciturus*, sino que además señaló expresamente cómo debían entenderse a su juicio las tres causales. Más aún, sostuvo que fuera de ese marco interpretativo “*los casos concretos que en el futuro se presenten quedarán fuera de la cobertura constitucional del proyecto de ley y serán pasibles de ser controlados por la vía de la acción de inaplicabilidad concreta*” (considerando 2c de la prevención del ministro Hernández).

Así, y al igual que los cuatro ministros que estuvieron por acoger los requerimientos, el ministro Hernández ha entendido que el no nacido es persona en sentido constitucional, y por tanto titular del derecho a la vida. Asimismo, y con relación a las causales, este ministro ha hecho algunas precisiones que, sumadas a la opinión de esos cuatro ministros, determina que la interpretación de la ley de aborto debe hacerse tomando en consideración: a) la doctrina aún vigente sobre el estatuto constitucional del no nacido, y b) tomando además en cuenta el principio pro homine o favor persona, que justamente fue invocado por el propio ministro Hernández en su prevención (considerando 2, B), xii).

Para dicho ministro la primera causal de la ley debe interpretarse a la luz del archiconocido principio de doble efecto. Es decir, la causal ampara toda maniobra médica destinada a salvar la vida de la madre, pero en ningún caso las acciones destinadas a matar directamente al no nacido. En su opinión, la primera causal “*sólo autoriza el aborto denominado indirecto*” (considerando 2, A), i.). Ello es coincidente con lo que opinan los ministros Aróstica, Peña, Letelier y Romero, quienes entendieron que no es constitucional la primera causal si se entiende como “*el intento deliberado de poner término a la vida de quien está por nacer*” (considerando 61 del voto de estos ministros).

Por otra parte, y en lo relativo a la segunda causal, el ministro Hernández entiende que no basta que el diagnóstico de una patología congénita adquirida o genética incompatible con la vida extrauterina de carácter letal sea efectuada por dos médicos especialistas, sino que por dos médicos “*perinatólogos o especializados en medicina fetal*” (considerando 2, B), xiii). Ello en virtud del principio de interpretación pro homine o favor persona (considerando 2, B), xi), que conduce a minimizar el riesgo de un errado diagnóstico, lo que no ocurriría si este lo llevaran a cabo “*especialistas que científicamente no tienen la debida consistencia, por carecer de la que es requerible en esta hipótesis*” (considerando 2, B), xiii). Y es que “[C]omo lo ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán –en su célebre sentencia de 1993– el deber de protección del no nacido exige que la necesaria cooperación médica en interés de la mujer, no menoscabe la protección del que está por nacer: así ocurriría si la intervención de los profesionales en la determinación del diagnóstico de letalidad fetal, no garantizare, dentro de los límites de la ciencia médica, la mejor de las prognosis” (considerando 2, B), xiii).

Hernández agrega que “*una inteligencia diversa del precepto –en el sentido que este colectivo podría estar integrado solo por médicos obstetras– conduciría a una clara transgresión de la garantía constitucional del derecho a la vida del nasciturus, que quedaría fatalmente expuesta a un error pericial demasiado grave, descartándose de plano que la ley incurra en un despropósito de esta naturaleza. Esta apreciación ciertamente no invade la apreciación de mérito, exclusiva del legislador, sino que interpreta, en conformidad a la Constitución, precisamente el pasaje anotado del precepto en control*” (considerando 2, B), xiii).

Si bien respecto de esta causal no coincide la prevención del ministro Hernández con el voto de los ministros Aróstica, Peña, Letelier y Romero (éstos consideran que la causal es completamente inconstitucional), a nuestro juicio debe considerarse que al menos ambas posiciones sí son coincidentes en cuanto a que el tenor literal de la causal es inconstitucional: para Hernández relativamente, ya que

no lo sería si el diagnóstico lo hacen médicos perinatólogos o especializados en medicina fetal, en tanto que para los otros cuatro ministros sería totalmente inconstitucional (considerandos 62 a 72 del voto de los ministros Aróstica, Peña, Letelier y Romero). Por ello, el principio pro homine o pro persona debe llevar al menos a descartar la interpretación más desfavorable para el *nasciturus*, y esta es sin duda la que hicieron los otros cinco ministros (Carmona, García, Pozo, Brahm y Vásquez).

Respecto a la causal de violación se produce también la misma situación descrita con relación a las otras dos causales. En efecto, cinco ministros estuvieron por rechazar totalmente los requerimientos con relación a esta causal (Carmona, García, Pozo, Brahm y Vásquez), en tanto que cuatro estuvieron por acogerla (Aróstica, Peña, Letelier y Romero), y si bien el ministro Hernández se sumó a la mayoría, lo hizo de nuevo con una prevención. En su opinión, se está en presencia de una “causal de inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta” respecto de la mujer, y de una “excusa legal absolutoria” con relación a “los médicos intervinientes”.

Para él esta opción es constitucionalmente válida en la medida que “no funcione como un subterfugio procesal para encubrir un aborto basado en otras motivaciones no relacionadas con un auténtico hecho criminal que revista las características del delito de violación, en cualesquiera de sus formas” (considerando 3 de la prevención del ministro Hernández). En otros términos, para este ministro no basta con una mera denuncia de violación, sino que deben existir antecedentes que lleven a concluir que ha habido un hecho que reviste las características de tal delito.

Lo anterior nos lleva a plantearnos nuevamente cómo interpretar la causal, considerando que, de los diez ministros, cinco la estimaron constitucional sin ningún tipo de alcances, cuatro entendieron exactamente lo contrario, y el último se suma a los primeros, pero con la prevención ya mencionada. Si tomamos en consideración de nuevo el principio pro homine o pro persona, pensamos que el voto de mayoría debe interpretarse de la manera menos lesiva a este principio, y por ende, debe concluirse que la tercera causal exige la existencia de antecedentes que conduzcan razonablemente a concluir que ocurrió un hecho que reviste los caracteres de delito.

### 3. Algunas conclusiones

- a) Desde el punto de vista de la embriología, y conforme a lo resuelto por prestigiosos órganos jurisdiccionales (Tribunal Constitucional Federal alemán y Tribunal de Justicia de la Unión Europea), el concebido pero no nacido es un ser humano.
- b) De acuerdo a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional emanada de las sentencias roles 220 y 740, el *nasciturus* es un ser humano, cuya vida goza de protección constitucional desde la concepción, y en tal carácter es titular del derecho a la vida. Y a diferencia de lo señalado en el fallo rol 3729-17, en esta materia no existe ninguna contradicción entre aquellas sentencias. Esta doctrina no fue alterada por el fallo recaído en la ley de aborto, porque no hubo mayoría para alterar aquella jurisprudencia, ya que no operó el voto dirimente del presidente del Tribunal.
- c) El “derecho a la vida” consiste en el derecho a no ser privado de la vida, lo que incluye la facultad de defenderse de los ataques directos a ella. Supone además el deber que tiene el Estado de proteger la vida, y por ende de no adoptar ni amparar conductas que impliquen provocar la muerte intencionada.

- d) Como todos los poderes públicos, el legislador está sometido a la Constitución, la que ordena a aquel proteger la vida del no nacido.
- e) Si bien las Constituciones utilizan habitualmente conceptos abiertos, no puede perderse de vista que ello ocurre en el marco del sometimiento del legislador a la Constitución, lo que se traduce, entre otras cosas, en que no es lícito que la ley transforme el sentido de las palabras al punto de torcer su significado. El legislador no puede vaciar de contenido las palabras, a fin de validar opciones que no fueron contempladas por la Constitución.
- f) Desde la óptica del Derecho Penal es comprensible que en determinadas circunstancias no se pueda exigir un comportamiento acorde a sus preceptos, lo que no significa que en abstracto la conducta eximida sea lícita. Para tal efecto, en Chile ha estado vigente hasta la ley de aborto el modelo de equivalentes funcionales, en el que es el juez quien debe analizar en cada caso concreto si se cumplen los requisitos que autoricen tratar una conducta como excepción. Al respecto debe tenerse presente que no es lo mismo que el Estado renuncie en determinados supuestos a aplicar una pena, que autorizar y facilitar la comisión de una conducta per se ilícita.
- g) La ley de aborto ha introducido la lógica propia del modelo de legalización, mediante el uso de las técnicas de las indicaciones y los plazos. En esta, el no nacido es sólo un bien jurídico y no un sujeto protegido por el derecho. Así lo han entendido cinco de los diez ministros del Tribunal Constitucional, para quienes el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida y por tanto del derecho a nacer. Esta posición no es compatible con el sentido natural y obvio de la palabra proteger.
- h) En la sentencia rol 3729-17, cinco de los diez ministros coinciden que la primera causal de la ley de aborto no es constitucional si se entiende como una acción deliberada de matar al no nacido. Los otros cinco sostuvieron que la causal es constitucional. En nuestra opinión, este empate debe resolverse aplicando la interpretación más favorable al no nacido.
- i) Con relación a la segunda causal, la posición de cinco de los diez ministros es que el tenor literal de esta es inconstitucional. Para el ministro Hernández lo es relativamente (no lo sería si el diagnóstico lo hacen médicos perinatólogos o especializados en medicina fetal), y para otros cuatro sería totalmente inconstitucional (ministros Aróstica, Peña, Letelier y Romero). El principio pro homine o pro persona debe llevar a descartar las interpretaciones más desfavorables para el *nasciturus*, es decir, las que hicieron los ministros Carmona, García, Pozo, Brahm y Vásquez.
- j) Respecto de la causal de violación, cinco ministros la estimaron constitucional sin ningún tipo de alcances, cuatro entendieron exactamente lo contrario, y si bien otro ministro se sumó a los primeros, lo hizo con la prevención de que no basta con una mera denuncia de violación, sino que deben existir antecedentes que lleven a concluir que ha habido un hecho que reviste las características de tal delito. Por eso, en consideración de nuevo al principio pro homine, el voto de mayoría debe interpretarse de la manera menos lesiva a dicho principio, lo que implica que la tercera causal exige la existencia de antecedentes que conduzcan razonablemente a concluir que ocurrió un hecho que reviste los caracteres de delito.



## **Bibliografía**

- Buttiglione, Rocco. “El respeto por la vida inocente”, *Artes y Letras de El Mercurio*, Santiago de Chile, 1994.
- Dworkin, Ronald. *Los Derechos en serio*, 2.ª ed. (Barcelona, Ariel), 1984.
- Friedrich, Carl J. *Gobierno Constitucional y Democracia*, 4.ª ed. (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), vol. I, 1975.
- García Salgado, María José. “Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* 2003, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2003.
- Gomes Canotilho, José. “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1988.
- Kriele, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado* (Buenos Aires, Depalma), 1980.
- Lejeune, Jérôme. ¿Qué es el Embrión Humano?, (Madrid, Ed. Rialp), 1993.
- Locke, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, (Inglaterra, Ed. Awnsham Churchill), 1689.
- Martínez Estay, José Ignacio y Zúñiga Urbina, Francisco. “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales* año 9, N.º 1, 2011.
- Moore, Keith y Persaud, T.V.N. *Embriología clínica*, 8.ª ed. (Madrid, Ed. Elsevier), vol. I, 2009.
- Ollero, Andres. *Derecho a la vida y derecho a la muerte* (Madrid, RIALP), 1994.
- Pereira Menaut, Antonio Carlos. *Lecciones de Teoría Constitucional*, 5.ª ed. española (Santiago de Compostela, Andavira), 2016.
- Sadler, T.W. *Embriología médica*, 12.ª ed., (Barcelona, Ed. Walter Williams & Wilkins), 2012.
- Silva Bascuñán, Alejandro. *Derecho Político. Ensayo de Una Síntesis*, 2.ª ed., (Santiago de Chile, Edit. Jurídica), 1984.
- Von Münch, Ingo. “La Dignidad del Hombre en el Derecho Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 2, 1982.

## *Jurisprudencia Nacional*

- Tribunal Constitucional, Rol N.º 220, 1995
- Tribunal Constitucional, Rol N.º 740, 2008.
- Tribunal Constitucional, Rol N.º 3729-17, 2017

## *Jurisprudencia Internacional*

- Tribunal Federal Alemán: Interrupción del embarazo I (1975) BVerfGE 39, 1.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Oliver Brüstle y Greenpeace eV, C-34/10, Sentencia, 18 de octubre 2011.