

# **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*.

# CONTENIDO

---

Presentación.....	7
El cambio constitucional y la necesidad de proteger los derechos relativos a la autonomía reproductiva de las mujeres. <i>Lidia Casas Becerra</i>	9
Inspiración liberal de la carta de 1980 y criterios de hermenéutica constitucional aplicables al art. 19 N.º 1 y la sentencia del Tribunal Constitucional rol 3729 (3751) / 2017. <i>Kamel Cazor Aliste y Hugo Vega Zamora</i>	31
La despenalización del aborto y el control de convencionalidad <i>Miriam Henríquez Viñas</i>	53
Compatibilidad entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional chileno en relación con el derecho a la vida del no nacido. <i>Soledad Bertelsen</i>	69
Derecho a la vida, constitución y autonomía moral <i>Alejandra Zuñiga Fajuri</i>	93
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? <i>José Ignacio Martínez Estay e Ignacio Covarrubias Cuevas</i>	105
El derecho a la vida en cambios constitucionales vecinos: aprendizajes para una nueva constitución en Chile. <i>Gloria Maira Vargas</i>	117
Tramitación legislativa del proyecto de ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales <i>Claudia Sarmiento Ramírez y Elisa Walker Echeñique</i>	139





# Presentación

---

Para el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales es tradición promover la producción de conocimiento y el debate académico sobre asuntos presentes en la agenda pública. En 2016, el Centro invitó a académicos y académicas del ámbito del derecho, con puntos de vista contrapuestos, a reflexionar y debatir sobre la despenalización del aborto en Chile, lo que dio lugar a la publicación *Debates y Reflexiones en tono a la despenalización del aborto en Chile*, con 10 artículos que constituyen una contribución desde la academia al debate sobre el aborto en Chile y en la región.

*Visiones contrapuestas sobre el artículo 19 No 1 de la Constitución Política: reflexiones sobre la constitucionalidad de la ley de despenalización del aborto en tres causales* es el segundo título que produce el Centro de Derechos Humanos con la misma intención. Esta vez, invitamos a varios académicos y académicas a reflexionar respecto de la interpretación del derecho a la vida tanto de la norma constitucional (art. 19 No 1) como del alcance del artículo 5 de la Constitución inc. 2º, la influencia del derecho internacional de los derechos humanos en el orden interno, y ciertamente de los derechos sexuales y reproductivos. La materia fue parte obligada del debate parlamentario, en ambas cámaras, y de la sentencia del Tribunal Constitucional, y lo continuará siendo en el contexto de una reforma constitucional.

Los ocho artículos que componen el libro se fueron haciendo al calor de la tramitación de la ley de interrupción voluntaria del embarazo en tres causales -riesgo vital de la gestante, inviabilidad fetal letal y violación- en el Congreso Nacional, y de su paso por el Tribunal Constitucional. Los autores y autoras de diversas universidades públicas y privadas, laicas y confesionales comentan la recientemente aprobada Ley N°21.030 tomando en consideración la sentencia del Tribunal Constitucional o aspectos vinculados al marco jurídico de referencia. Desde distintas áreas de análisis y perspectivas argumentales aportan a la interpretación del derecho a la vida y la protección del no nacido, en el contexto de la despenalización del aborto en tres causales luego de 28 años de prohibición absoluta y teniendo en la mira una eventual reforma de la Constitución actual. Los autores y autoras contribuyen a la discusión con sus visiones sobre la Constitución, sus límites, los derechos de las mujeres y ciertamente cómo vislumbran esa relación con el enunciado constitucional sobre la protección del que está por nacer en una sociedad democrática.

La discusión sobre los límites de la ley, el establecimiento de la objeción de conciencia, la creación por el Tribunal de estatutos especiales para las instituciones privadas de salud augura que la ley 21.030 seguirá siendo fuente de múltiples controversias jurídicas desde las más diversas disciplinas.

El Centro de Derechos Humanos agradece a los autores y las autoras, Kamel Kazor, Hugo Vega, Miriam Henríquez, Soledad Bertelsen, Alejandra Zúñiga, José Ignacio Martínez, Ignacio Covarrubias, Gloria Maira, Claudia Sarmiento, Elisa Walker y Lidia Casas, su aporte a la reflexión académica y debate público sobre el aborto en Chile.

Centro de Derechos Humanos  
Universidad Diego Portales  
Santiago, abril de 2018



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

---

Lidia Casas Becerra\*

## RESUMEN:

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

## Introducción

En el último lustro, los debates sobre la reforma a la Constitución y los procesos constituyentes, cómo llevarla a cabo, sus mecanismos y eventuales contenidos, han sido acalorados; los calificativos han sobrado -como el de “fumar opio” frente a una Asamblea Constituyente<sup>1</sup>- y se han gastado ríos de tinta. El centro de toda esta conversación, a veces presentándose como un diálogo de sordos o de reclamos destemplados sobre las implicancias de adoptar un mecanismo u otro<sup>2</sup>, es un cambio en busca de la legitimidad política para la Constitución. Para algunos el dato del vicio de origen de la Carta Fundamental parece haberse disipado por el sin número de reformas que se han producido desde 1989. Así lo sostiene una corriente de la doctrina al afirmar que *“ha habido una multitud de reformas constitucionales -algunas más sustantivas que otras-, las cuales han permitido una mayor recepción social*

---

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

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

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

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

Las enmiendas del año 2005 fueron aplaudidas como si marcaran el término de la Constitución del régimen de Pinochet; algunos se referían a ese momento político como el fin de la transición, y fue tal el entusiasmo caracterizado como un exceso discursivo, cuando los políticos se refirieron a las importantes reformas como una nueva Constitución<sup>5</sup>. A ese momento político, Atria lo calificó como “el papelón” de la Concertación; por un lado, políticos y analistas del gobierno de Lagos calificaban esta transformación como el fin de la transición y de la carta de Pinochet, mientras que la oposición reiteraba que solo eran reformas, importantes, pero que no cambiaban su matriz ideológica ni política.

Sin duda era importante poner fin al sistema tutelado de Pinochet, eliminando los enclaves más autoritarios que, Zúñiga diría, fueron tardías reformas de primera generación que cambiaron el “*estatuto del poder*”<sup>6</sup>. Hay que reconocer que la reforma de 2005 dio a la Constitución un aire de legitimidad parcial, pero de ninguna manera modificó la ilegitimidad de su origen. Luego vendrían las enmiendas de segunda generación, que dicen relación con el sistema político y el cambio al régimen electoral; como señalaba Camilo Escalona, lo más relevante era la modificación al sistema binominal y para ello había que aunar los votos necesarios evitando promover una asamblea constituyente<sup>7</sup>.

De ese segundo paso, por así decirlo, quedó una gran deuda: la exclusión del reconocimiento de la expresión “los pueblos indígenas”, tema que significó en términos prácticos, la lenta aprobación de la reforma<sup>8</sup>. Pero no fueron los únicos temas rezagados de la segunda ola de reformas, sino también aquellos vedados por el “techo ideológico” establecido en el proyecto guzmaniano de 1980. Sus idearios se anclan en el sistema jurídico-político acerca de cómo concebir la familia, el rol del Estado, los derechos sociales, incluyendo los derechos de los trabajadores, y ciertamente las libertades personales, el derecho a la libertad.

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

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

4 Ibid.

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

6 Ibid., pp. 15-17.

7 Bofill y Rendic, Op. Cit.

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

Así, la pregunta que animó este texto a finales de 2016 fue si es posible cambiar la ley sobre aborto sin cambiar el texto constitucional. El escenario en la dogmática constitucional era más o menos clara durante los dos primeros decenios de gobiernos democráticos, fiel a un proyecto en el que el texto constitucional sigue un orden normativo de inspiración del magisterio eclesial<sup>9</sup>, y cuya consecuencia es afirmar la condición de persona del nonato y la sacralidad de la vida. Esta visión también ha estado acompañada por una jurisprudencia, en general, acrítica.<sup>10</sup> Es un hecho que las mujeres nos reproducimos y esa sola posibilidad nos sitúa de una forma única frente a la igualdad. La Constitución no ha sido en general leída en clave de igualdad de género, o igualdad sustantiva, pues más allá de nombrar a las mujeres, no es capaz de reducir la subordinación estructural en que nos encontramos. El debate sobre el aborto es solo la punta del iceberg, y aparecía tan solidificado que ni siquiera el cambio climático podría derretir.

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

Aun cuando ya conocemos el resultado de esa decisión, para muchos la cuestión no estaría resuelta del todo. Por un lado, existe la posibilidad de una reforma más amplia al Código Penal, como la propuesta por la comisión presidencial encargada de la elaboración de un nuevo Código Penal que en 2014 propuso despenalizar el aborto por plazo<sup>11</sup>. Por otro, la probabilidad de que algunos sectores quieran revertir legislativamente la despenalización en su visión más restringida.

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

## 1. La Constitución y la aspiración de cambio

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

---

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

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

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

en 1999 haya cambiado su lenguaje para hacerlo inclusivo de las mujeres<sup>12</sup>. La legalización del aborto tenía una gran dificultad y era cómo enfrentar su discusión con un texto e interpretación que parece cerrar todo debate.

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

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

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

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

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

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

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

14 Programa del primer gobierno de transición.

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

del sentido de la reforma, haciendo alusión a que el TC ya lo había hecho en el 2008<sup>19</sup>, y el voto de mayoría simplemente lo descarta como supuesta fuente de derecho.<sup>20</sup>

La discusión sobre las mujeres ha estado marcada, al menos antes de la modificaciones de 2005<sup>21</sup>, por la incorporación de acciones afirmativas a fin de darle contenido a una idea de igualdad que debe ir más allá de la igualdad formal entre mujeres y varones y que se concreta con la presentación del proyecto de ley que busca mejorar la participación política de las mujeres a través del cambio del sistema electoral en el 2014.<sup>22</sup>

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

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



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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Constitución puede ser vista como una propuesta política-jurídica que revela dos entramados constitucionales, una esfera económica que tiene como eje la centralidad de la subsidiaridad del Estado, y un techo ideológico social que se traduce en la negación de los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>37</sup> Zúñiga, refiriéndose al techo ideológico, visualiza parcialmente ese proyecto en los temas culturales, especialmente en lo que respecta al reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios, y de algunos derechos civiles asociados a la diversidad sexual y su derecho a contraer matrimonio<sup>38</sup>. Sin embargo, este autor no alcanza a ver a las mujeres en la dimensión cultural de lo que significa o implicaría una reforma constitucional, y por ello, el ingreso de los derechos sexuales y reproductivos en la agenda constitucional requiere de esfuerzos de envergadura sólo para ser nombrados.

## 2. ¿Es necesario el cambio?

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

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

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

38 Ibid., p. 24.

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

40 Ibid. p. 259.

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

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

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

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

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

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

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

Patricio Zapata, en su presentación ante la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados sostuvo que la pregunta es si el proyecto de ley se ajusta a los marcos jurídicos de la Carta actual -no la que hipotéticamente se pretende, sino la vigente-, y convocó a interpretar su texto desde los principios constitucionales y no a partir de su historia fidedigna<sup>44</sup>. Explicó que, como mínimo, la Constitución Política establece en el artículo 19 No. 1 que la ley protege la vida del que está por nacer, lo cual no parece ser un marco definido, pues no se sabe cuánto la protege, cómo la protege y hasta qué punto.<sup>45</sup> La cuestión es, entonces, cuáles son esos valores constitucionales, y lo que nos recuerda el voto de mayoría de la decisión sobre la ley IVE es que no existe una única manera de interpretar la Constitución.

La experiencia en las Américas frente a procesos constitucionales ha sido muy variada, y con resultados igualmente disímiles frente a la enunciación de derechos sexuales y reproductivos y en especial al aborto.<sup>46</sup> Vale recordar que la adopción de reformas constitucionales promovidas por gobiernos de izquierda en América Latina no garantiza o impulsa cambios a las leyes restrictivas sobre aborto, como ha sido en Ecuador o Venezuela<sup>47</sup>. Las alusiones durante la tramitación al proyecto de ley IVE al ex presidente del Uruguay, Tabaré Vázquez, militante del Frente Amplio, fue un recordatorio a que el progresismo podía y debía estar en contra del aborto. De la misma manera, otros recordaron que ser de derecha no significa impedir su legalización, como en Francia lo hizo Valéry Giscard d'Estaing en 1975.

La Constitución de 2009 del Estado Plurinacional de Bolivia es la única que explicita el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos<sup>48</sup>, y prohíbe en su texto la discriminación por orientación sexual, mientras que la de Ecuador, si bien se refiere a la garantía de esos derechos y ejemplifica, dista mucho de reconocer la interrupción del embarazo entre ellos<sup>49</sup>. La reciente aprobación

---

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

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

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

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

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

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

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

en septiembre de 2017, previo a una declaración de inconstitucionalidad, de una reforma al Código Penal en Bolivia muestra los claros y oscuros de las declaraciones, ya que amplía las excepciones en el Código (antes se permitía por riesgo de salud y violación) y actualmente lo permite además cuando la gestante es una menor de edad, cuando la mujer vive una situación de extrema pobreza, cuando tiene tres o más hijos y no puede mantenerlos, y deja en cualquier otra hipótesis aborto como un delito<sup>50</sup>. A decir verdad, en todos los países en que se ha legalizado el aborto, este se mantiene como delito cuando se realiza fuera de las condiciones impuestas por la ley, la causal o el plazo.

En algunos países de América Latina se han realizado modificaciones legales al aborto que no han involucrado necesariamente una interpretación constitucional o reformas constitucionales. Tanto en Ciudad de México como en Uruguay se llevaron a cabo enmiendas legales liberalizando la ley<sup>51</sup> que no tenían como relato auscultar el texto constitucional para ver los límites de la reforma. Al mismo tiempo, son pocos los países donde se cuestiona sus textos legales restrictivos a la luz de la Constitución a fin de reducir las barreras impuestas por la ley. Esa ha sido la experiencia de Colombia que en el 2006, a partir de una demanda de inconstitucionalidad la Corte Constitucional, declaró inconstitucional que el aborto no fuese permitido en caso de riesgo de vida o salud de la mujer, cuando el feto padezca de una malformación y cuando el embarazo sea producto de violación o incesto.<sup>52</sup> En el caso de Argentina, a través del litigio, la Corte Suprema, ha interpretado la figura de aborto no punible en caso de violación que se había limitado a “*mujer demente*”, en el lenguaje de Código Penal, a toda niña, adolescente o mujer que enfrente una gestación producto de una violación precisamente por una situación de igualdad ante la ley y del análisis sistemático del propio Código.<sup>53</sup> En México, la decisión de la Suprema Corte de Justicia se refirió a la Constitución y a la Convención Americana de Derechos Humanos luego de la solicitud de inconstitucionalidad interpuesta a la ley que legalizó el aborto por plazo. Es decir, en más de una década la experiencia de la región ha tenido sus matices, y en cada uno de ellos, los tribunales o sus legislaturas han debido afrontar cómo los cambios legales armonizan con sus textos constitucionales de protección a la vida, y la cláusula de protección del derecho a la vida de la Convención Americana.

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

---

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

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

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

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

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

en el Congreso que despenalizaba el aborto en ciertos casos.<sup>54</sup> En Chile, luego de un largo proceso<sup>55</sup>, se modifica la ley para despenalizar el aborto en tres causales específicas pese a la fuerte oposición académica y política que argüía que la despenalización requería un nuevo texto constitucional.

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

Así, Correa Sutil critica el programa de la Nueva Mayoría sobre la regulación -o más bien declaración- de relaciones familiares en el texto constitucional en el sentido de que se establezca el derecho de mujeres y hombres de vivir una vida libre de discriminación y violencia. Postula su escepticismo y que esto, siendo relevante, debe quedar reservado a la ley<sup>58</sup>. Aunque no lo ha escrito, también lo ha expresado respecto del aborto o los derechos reproductivos.

Irving, que desde una óptica distinta podría estar de acuerdo con Correa Sutil, sostiene que priorizar un anclaje constitucional deja a la suerte del litigio constitucional con los consabidos problemas de acceso ejemplificado en la experiencia de Canadá con LEAF<sup>59</sup>, y podríamos decir que en Chile el estudio de Figueroa y Gómez apuntaban a lo mismo hace casi dos décadas<sup>60</sup>. La reforma que no se hace cargo de las condiciones habilitadoras no da sustento a tener derechos en la práctica y no sólo a partir del formulismo simbólico<sup>61</sup>. Es decir, el gran marco de libertades en el sentido de Mañalich puede quedar cojo, y la amplitud de las declaraciones vacías.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

64 Ibid., p. 80.

65 Ibid., pp. 77-78.



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La mera inclusión de tratados de derechos humanos, su integración al ordenamiento no resuelve la cuestión pues la objeción/disputa actualmente se radica en el sentido de los tratados sobre el derecho a la vida prenatal.<sup>75</sup> Tanto la postura del profesor Álvaro Paul<sup>76</sup> como la de Angélica Benavides<sup>77</sup> descarta el derecho a la interrupción del embarazo, pero de ello no pueden desconocer que los tratados han sido interpretados por los órganos de derechos humanos en el sentido de que toda restricción del aborto es una violación a los derechos de integridad, salud, privacidad de las mujeres. El *locus* de discordia radica en el hecho de que niegan todo valor a la interpretación de esos tratados en su condición de *soft law* y, al igual que argumentan respecto del texto constitucional, dar otro sentido a los tratados de derechos humanos, en especial a la Convención Americana, implica que esta debiera ser modificada.

El voto de mayoría hace referencia a los tratados, y enumera aquellos elementos de los cuales no se hará cargo, *inter alia*, la jerarquía de los tratados o de la vinculación de la interpretación de los tratados, pues “[E]stos asuntos están lejos de la controversia medular”.<sup>78</sup> Pese a la declaración y aún sin hacer un control de convencionalidad, como lo señala la profesora Henríquez en esta misma obra, alude a ellos en el considerando décimo cuarto, donde revisa el derecho comparado, las decisiones de otras judicaturas y menciona el caso Artavia Murillo. Concluye que un mandato de protección no es sinónimo de criminalización. A su vez, afirma que la legislación que promueve y protege los derechos de las mujeres ha caminado al igual que los tratados internacionales de derechos humanos afirmando los derechos de las mujeres<sup>79</sup>.

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

---

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

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

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

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

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

79 Ibid. Considerandos trigésimo séptimo y trigésimo octavo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## A modo de conclusión

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

En cualquier caso, no creo plausible que el debate pueda retrotraerse al punto de negar o invisibilizar el avance y posicionamiento jurídico de una interpretación no hegemónica del derecho a la vida, de la misma forma que ha ocurrido en la Corte Interamericana luego de la decisión del caso Artavia Murillo contra Costa Rica. Más aún el desarrollo de la legislación comparada revela que los modelos por indicaciones son remplazados por plazo ya que son más sensibles a las necesidades del sistema en su conjunto, no se enredan en sus certificaciones<sup>85</sup> y sólo subsisten las indicaciones y plazos para situaciones calificadas.<sup>86</sup>

---

82 Última parte del considerando nonagésimo noveno.

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

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

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

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

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

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

## Bibliografía citada

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

---

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

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

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

## Fallos citados

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



# Inspiración liberal de la carta de 1980 y criterios de hermenéutica constitucional aplicables al art. 19 N.º 1 y la sentencia del Tribunal Constitucional rol 3729 (3751)/2017

---

Kamel Cazor Aliste\* y Hugo Vega Zamora\*\*

## RESUMEN

En el presente estudio se aborda cómo determinados principios cumplen una función orientadora en la hermenéutica constitucional, en particular el libre desarrollo de la personalidad, como instrumento principal de interpretación sistemática y finalista del art. 19, n.º 1. Cuestión que, en definitiva, ayudará a esclarecer lo constitucionalmente adecuado en las diversas temáticas derivadas de la garantía del derecho a la vida (tales como, derecho a la propia muerte en caso de huelga de hambre o negativa de transfusiones de sangre por motivos religiosos, despenalización del aborto, eutanasia, pena de muerte, entre otras), generándose una serie de posibilidades de realización interpretativa que sea fiel a la propia naturaleza liberal que inspira nuestro orden constitucional. Para estos efectos, también se indaga la sentencia del Tribunal Constitucional rol n.º 3729 (3751)/2017, sobre despenalización de tres causales de aborto.

## 1. Contexto del estudio

El presente trabajo buscar determinar, a propósito de la inspiración liberal de la Carta de 1980, de qué forma el principio implícito del libre desarrollo de la personalidad (art. 1) puede emplearse, como criterio hermenéutico, en la interpretación sistemática y finalista del artículo 19 n.º 1. Para estos efectos analizaremos también, en los aspectos concernientes a nuestra propuesta, la sentencia del Tribunal Constitucional rol n.º 3729 (3751)/2017, sobre despenalización de tres causales de aborto.

---

\* Doctor en Derecho, Profesor Asociado de Derecho Constitucional en la Universidad Católica del Norte. Correo electrónico: cazor@ucn.cl

\*\* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica del Norte. Magíster en Pensamiento Contemporáneo, Universidad Diego Portales. Profesor de Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho, Universidad Católica del Norte. Correo electrónico: hvegaz@ucn.cl

El objetivo anterior nos permitirá realizar un doble examen en esta trascendental temática. Por una parte, nos adentraremos en el contenido valórico-ideológico liberal que sustenta nuestra Constitución y que compone el sustrato básico de la decisión originaria del constituyente autoritario. Y, por otra parte, se abordará cómo determinados principios cumplen una función orientadora en la hermenéutica constitucional, en particular el libre desarrollo de la personalidad como instrumento principal de interpretación sistemática y finalista del art. 19 n.º 1. Cuestión que, en definitiva, ayudará a esclarecer lo *constitucionalmente adecuado* en las diversas temáticas derivadas de la garantía del derecho a la vida (tales como, derecho a la propia muerte en caso de huelga de hambre o negativa de transfusiones de sangre por motivos religiosos, despenalización del aborto, eutanasia, pena de muerte, entre otras), generándose una serie de posibilidades de realización interpretativa que sea fiel a la propia naturaleza liberal que inspira nuestro orden constitucional.

El enfoque anterior nos posibilitará llevar a cabo un examen sobre cómo determinados principios cumplen una función orientadora al momento de interpretarse ciertas cuestiones –conflictivas en asuntos concretos– del texto constitucional, como criterios hermenéuticos. Así, el principio del libre desarrollo de la personalidad se utilizará como criterio interpretativo del artículo 19 n.º 1 de la Carta, para luego caracterizar las posibilidades de realización del mismo como criterio de hermenéutica constitucional.

Desde ya se hace presente, teniendo en cuenta la doctrina alemana, que este principio comprende no solo el desarrollo interior del *núcleo* de la personalidad humana derivado de su dignidad, sino también en su *conducta externa*. En consecuencia, se trata de una libertad de actuar en sentido amplio, que además, orienta la reserva legal en materia de derechos fundamentales y delimita la capacidad regulativa del legislador democrático, que en ningún caso podría afectar este reducto esencial de la libertad de las personas.

Finalmente, se plantearán las principales conclusiones del trabajo.

## **2. Base constitucional del Estado liberal en Chile: dignidad humana y libertad**

### *2.1. Estado constitucional-liberal: estructura social del art. 1*

Se debe entender por “Bases de la Institucionalidad”, los fundamentos o valores y principios básicos sobre los que descansa el Estado constitucional chileno<sup>1</sup>. Por esta razón, el constituyente quiso dar relevancia a este capítulo de la Carta omitiendo establecer, como lo hacen otras Constituciones, un Preámbulo a la misma. Además, es importante resaltar que el Capítulo I (cuyo principal antecedente fue el Acta Constitucional n.º 2, de 13 de septiembre de 1976) comprende numerosas categorías jurídicas mucho más amplias y complejas que las regulaciones de neutralidad axiológica sobre el Estado, el Gobierno y la Soberanía, que configuraban el Capítulo I de la anterior Carta de 1925.

La Carta Fundamental chilena actual, al igual que la mayoría de los ordenamientos constitucionales, se fundamenta en determinados valores y principios que las normas jurídicas emanadas de su sistema deben desarrollar y concretar; es decir, deben regirse y fundamentarse en ellos. En otras palabras,

---

<sup>1</sup> Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio; y Nogueira, Humberto, *Derecho Constitucional Tomo I*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 1994, p. 109.

las normas jurídicas deben concretar los valores que presiden el ordenamiento constitucional (como elementos axiológicos, que determinan el *telos* de la Carta) y los principios técnico-jurídicos operativos, a través de los cuales se realizan los valores. Por ejemplo, el valor igualdad se operativiza a través del principio de la interdicción de la arbitrariedad; y el valor de la libertad, a través del principio de la subsidiariedad.

En este contexto, y cualquiera sea el enfoque que se tenga en relación al Capítulo Primero de la Carta, es evidente que allí se configuran los principios esenciales del Derecho público chileno, que son el cimiento y estructura de todo el ordenamiento público. En este sentido, cabe destacar que todos los principios nacen del valor fundamental de la “*primacía de la persona humana, que es la raíz, sujeto y fin de toda sociedad, de todo Estado, de todo Derecho*”.<sup>2</sup> De este valor fundamental se desprenden tres aspectos configurados en el artículo 1 de la Constitución: la dignidad de la persona humana, la libertad y la igualdad.

De todo lo dicho se deduce que la Constitución no es una norma neutra, pues siempre responde a una concepción valórica de la vida social, y viene a instaurar un marco básico de principios que han de conformar la convivencia. En este sentido, la Constitución va más allá de las regulaciones concretas que contiene, y sienta unas líneas directrices que han de ser respetadas por todo el ordenamiento.

Dentro de la estructura social que configura nuestra Constitución, fluye con toda claridad la clásica distinción dualista entre sociedad y Estado,<sup>3</sup> propio de la inspiración liberal de la Carta. La sociedad es lo que conocemos como el elemento humano del Estado y sus diversas manifestaciones, y la pluralidad de los mismos. Este elemento humano está conformado no sólo por individuos, sino por un conjunto de personas, de familias y de formas sociales. Con esta amplitud, como indica Silva Bascuñán, la Ley fundamental constata con toda su riqueza y complejidad dicho hecho sociológico, aludiendo no sólo a la *sociedad* (art. 1 inc. 2.º y 3.º), sino a la *nación* (art. 1 inciso 5.º), a la *comunidad nacional* (art. 1 inciso 4.º), al *pueblo* (art. 5) y a los valores de distinta naturaleza, como los de seguridad nacional o de seguridad social.<sup>4</sup>

Respecto al valor de la libertad, nuestro ordenamiento constitucional reconoce a la persona como un ser ónticamente libre. Libertad que se desarrolla en sus dimensiones de *libre albedrío o libertad inicial* para escoger entre diversas alternativas o crear alternativas nuevas frente a las ya existentes; también se la considera en tanto *libertad-participación*, es decir, en la libertad para participar en el Estado y que se concreta en los derechos políticos; y en la *libertad de expresión considerada en un sentido amplio*, que consiste en la libertad para lograr su máximo desarrollo integral como ser humano, lo que en la doctrina comparada se denomina como *libre desarrollo de la personalidad*<sup>5</sup> (v. gr., art. 10.1 de la Constitución Española y art. 2.º de la Ley Fundamental alemana).

La primacía de la persona humana, su dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, tienen su punto de partida en el derecho más personal y reducto último de la personalidad humana: la libertad de conciencia; cuestión que presupone inexorablemente el derecho a la vida y su integridad física

2 Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales Tomo II*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 1996, p. 12.

3 Sobre el particular ver: Esteve Pardo, José, *La nueva relación entre Estado y sociedad*, (Madrid: Marcial Pons), 2013, pp. 33-48.

4 Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional Tomo XI. De los derechos y deberes constitucionales* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 2006, pp. 29-34.

5 Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio; y Nogueira, Humberto, Op. Cit., p. 110.

y psíquica. Sentado este presupuesto esencial, es posible concluir que en cuanto al resto de los derechos fundamentales no hay jerarquía entre ellos, ni tampoco existen derechos absolutos. Desde esta perspectiva, asimismo, se puede deducir que en nuestro ordenamiento constitucional es dable identificar la existencia de cláusulas generales de *dignidad de la persona* (art. 1, inciso, 1.º, y art. 5, inciso 2.º), de *igualdad* (art. 1, inciso, 1.º, art. 5, inciso 2.º y art. 19 n.º 2) y de *libre desarrollo de la personalidad* (art. 1, incisos 1.º y 4.º). En cuanto al libre desarrollo de la personalidad, aunque no está explícitamente establecido en la Carta, si es viable derivarlo, implícitamente, de la disposición de los incisos 1.º y 4.º, del art. 1, por cuanto la primacía de la persona humana, como valor constitucional, y su carácter esencialmente libre y autónomo, nos obliga a concluir que su libre desarrollo personal debe alcanzar la mayor realización espiritual y material esperable, no solo de “todos” sino también de “cada uno” de los integrantes de la comunidad nacional. A este cometido debe contribuir el Estado creando las condiciones sociales necesarias, con pleno respeto de los derechos y garantías constitucionales. En la sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º 740/2007, el magistrado Hernán Vodanovic en su voto disidente, al hacer referencia de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, indica lo siguiente: *“Si bien en el catálogo del artículo 19 de la Carta Fundamental no se encuentra explícitamente recogido el derecho al “libre desarrollo de la personalidad”, no obstante es posible identificar la existencia de cláusulas generales de dignidad de la persona (art. 1.º, inciso primero, y art. 5.º, inciso segundo) y de libre desarrollo de la personalidad (art. 1.º, inciso cuarto). En este último precepto aparece como elemento intrínseco, en cuanto la primacía de la persona humana, como valor fundamental, nos obliga a concluir que su libre desarrollo personal debe alcanzar la mayor realización espiritual y material posible, a cuyo cometido el Estado debe contribuir creando las condiciones sociales necesarias, con pleno respeto de los derechos y garantías constitucionales. De la misma forma, se garantiza la integridad física y síquica, la libertad personal, la libertad de creencias y el derecho a la vida privada, conjunto de derechos que atribuyen a la mujer libertad para decidir cuándo desea vivir o no la maternidad, de forma libre y consciente”*.

Si lo observamos desde la dimensión de los derechos fundamentales como valores objetivos, esto *“se traduce, al margen de cualquier situación jurídica concreta, en la existencia de un deber general de protección y promoción de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos”*.<sup>6</sup> La operativización de este deber estatal, se canaliza a través de varios cauces, que van desde la labor del legislador democrático (que debe cumplir el mandato de la reserva legal) hasta la interpretación conforme con la Constitución que deben llevar a cabo los órganos jurisdiccionales, especialmente el Tribunal Constitucional. Todo ello va conformando en la práctica una verdadera “política de derechos fundamentales”; esto es, *“siempre que se respeten los mínimos constitucionalmente insuprimibles, cada mayoría podrá diseñar y ejecutar programas en materia de libertades públicas. Así se explicaría en términos constitucionales por qué, en muchas materias relacionadas con los derechos fundamentales (aborto, enseñanza privada, medios de comunicación, seguridad ciudadana, etc.), dista de ser indiferente cuál sea el color político de la mayoría gobernante”*.<sup>7</sup>

Hay que recordar que el libre desarrollo de la personalidad, como igualmente indica Diez-Picazo, *“se trata de una expresión que el constituyente español importó del art. 2.º de la Ley Fundamental de Bonn, aunque la idea subyacente es más antigua y, desde luego, no es específicamente alemana. Con una formulación mucho más poética, se remonta al menos a la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776, donde se afirma que todo ser humano posee el derecho innato a la “búsqueda de la felicidad”. Proclamar la*

6 Diez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, (Madrid: Thomson-Civitas), 2005, p. 61.

7 Ibid., p. 62.

*búsqueda de la felicidad o el libre desarrollo de la personalidad implica sostener que cada persona puede y debe trazar por sí misma su propio proyecto vital, sin que el Estado deba interferirse salvo para salvaguardar los derechos similares de los demás. La cláusula de libre desarrollo de la personalidad es, así, un rechazo radical de la siempre presente tentación de paternalismo del Estado [recordemos que en la Carta chilena se proclama, en el inciso 4.º, art. 1.º, que “el Estado está al servicio de la persona humana”], que cree saber mejor que las personas lo que conviene a éstas y lo que deben hacer con sus vidas. Dicho brevemente, se trata de la proclamación constitucional de que, siempre que se respeten los derechos de los demás, cada ser humano es el mejor juez de sus propios intereses”.*<sup>8</sup> La duda en nuestro sistema constitucional es si esta cláusula se trata, en sí misma, de un genuino derecho fundamental o, al contrario, si sólo ha de servir para crear por vía jurisprudencial (como en Alemania) derechos fundamentales ausentes del texto constitucional. Sería más coherente, sin embargo, establecerla como una auténtica cláusula general de libertad que preside el entero ordenamiento jurídico, como una verdadera área residual de libertad, jurídicamente protegida. Se trata de una idea esencialmente liberal, que parte del presupuesto que “*todo lo que no está prohibido u ordenado está permitido*”, esto es, “*pertenece al área de la libertad, y que ésta merece protección jurídica (...) por tanto, los operadores jurídicos y, en definitiva, los jueces protegerán como lícitos aquellos comportamientos que no se opongan a normas imperativas*”.<sup>9</sup>

Finalmente, teniendo en cuenta que el principio del libre desarrollo de la personalidad es una cláusula general de reconocimiento constitucional, este juega un doble rol. Por un lado, vincula la actividad del intérprete de la Constitución, y, por el otro, impone un estándar regulativo al legislador democrático. Esto último implica que “*el legislador no goza de una libertad omnimoda para restringir la libertad de las personas y, en este sentido, para restringir sus autónomos proyectos de vida y el modo en que los desarrollan (...) toda restricción del ámbito genérico de libertad –esto es, toda prohibición o todo mandato– debe adecuarse a las exigencias del principio de proporcionalidad: perseguir un fin legítimo que no pueda alcanzarse por un medio menos gravoso*”.<sup>10</sup> En este sentido, cabe recordar que la reserva legal se establece “*contra*” el legislador, esto es, debe cumplir su cometido de densidad regulativa necesaria a fin de resguardar el estándar del sistema constitucional y las exigencias propias de la decisión democrática que encarna tal reserva. Cuestión que podría ser un problema a la hora de entender nuestro actual Estado constitucional y en particular al rol que se le asigna a la ley, toda vez que “*es un hecho ineludible que la democracia, sustentada en la regla de la mayoría, se trata de un principio configurador de naturaleza material, cuyo procedimiento esencialmente busca el desarrollo y garantía de los derechos y libertades fundamentales, entendiendo por tales a aquellos asociados al propio principio democrático, en particular, como al resto de los derechos fundamentales, en general. Sería insostenible y poco realista, por lo tanto, cualquier teoría de la Constitución, cuyo ideal constitucional se convierta en un freno para el proceso democrático, ya que, a largo plazo, afectaría la propia sustancialidad de la Carta fundamental*”.<sup>11</sup> Conclusión, esta última, que nos será muy útil a la hora de analizar la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la despenalización del aborto, y entender, en definitiva, el rol que se asigna a la ley en la esfera de los derechos de las personas, teniendo en cuenta, como ya hemos dicho, que el principio del libre desarrollo de la personalidad es una cláusula general de reconocimiento constitucional.

---

8 Diez-Picazo, Luis María, Op. Cit., p. 69.

9 Ibid., p. 70.

10 Ibid.

11 Cazor, Kamel, “Problemas teóricos en torno a las potestades normativas y la necesaria redefinición de la reserva legal en el Estado Constitucional chileno”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 19, n.º 1 (Universidad de Talca), 2013, p. 38.

A propósito del marco de acción liberal que inspira a nuestra Carta fundamental, debemos hacernos cargo del concepto de *vida buena* que sustenta tal pensamiento, y cuyo estudio resultará esclarecedor a la hora de plantear nuestra propuesta interpretativa.

## 2.2. *¿Existe una vinculación entre las nociones de dignidad humana y de vida buena? A propósito del marco de acción del liberalismo*

Si bien existen notables diferencias entre los diversos pensadores que denominamos como liberales, está claro que la principal característica del liberalismo es su carácter adjetivo, vale decir, como un procedimiento cuya clave está en la igualdad formal de los sujetos individualmente considerados<sup>12</sup>. En tanto promotor del sujeto individualmente considerado por sobre la intersubjetividad política<sup>13</sup>, no posee un contenido moral determinado<sup>14</sup>; en la actualidad solo parecen destacar los derechos de raigambre liberal como límites intrínsecos al mismo<sup>15</sup>.

Así, es posible sostener que el discurso igualitario de la dignidad humana es uno de los pilares más importantes del liberalismo: la posibilidad de considerar a los sujetos en una condición de igualdad en tanto agentes racionales y libres (o sea, autónomos), da forma al diálogo intersubjetivo, a las democracias occidentales y a la dotación de una protección a la persona humana frente a las injerencias externas que pudieren afectar su autonomía y libertad<sup>16</sup>. De esta forma, la juridificación de la dignidad humana, patente en la construcción de los postulados de la universalidad de los derechos humanos, se constituye como la gran conquista de la protección de la individualidad del sujeto frente al Estado. Sin embargo, la operatividad jurídica de la dignidad humana en sí misma es históricamente reciente, tal y como lo ha estimado Habermas, ya que dichas discusiones sólo toman forma con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.<sup>17</sup>

Dentro de este marco, se advierte que la interacción de los presupuestos del liberalismo igualitario en función del concepto de dignidad humana con los ordenamientos jurídicos de corte occidental es

12 “Los liberales consideran que un tipo concreto de libertad es uno de sus valores básicos, muestran una llamativa predilección por la voluntariedad como fundamento de tantas relaciones humanas como sea posible y sostienen, en concreto que el (libre) consentimiento es la única base aceptable para la obligación política”. Geuss, Raymond, *Historia e ilusión en la política*, (Barcelona: Tusquets Editores), 2004, p. 115.

13 Ibid, p.160. Al respecto, Dworkin señala que: “Since the citizens of a society differ in their conceptions, the government does not that them as equals if it prefers one conception to another, either because the officials believe that one is intrinsically superior, or because one is held by the numerous or more powerful group.” Dworkin, Ronald (a), “Liberalism”, en *A matter of principle* (Cambridge: Harvard University Press), 1985, p. 191.

14 Para una explicación detallada, Kymlicka, Will, “Liberal individualism and liberal neutrality”, *Ethics*, 99 N°4, julio 1989. La crítica a dicha afirmación en Geuss, Raymond, Op. Cit., pp. 130 y ss.

15 “The liberal rights, which crystallize around the inviolability and security of the person, around free commerce, and around the unhindered exercise of religion (...) are designed to prevent the intrusion of the state into the private sphere.” Habermas, Jürgen (a), “The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights”, *Methaphilosophy*, v. 41-4, 2010, p. 468.

16 Habermas plantea la necesidad de que el sistema de los derechos exija la realización simultánea y complementaria tanto de la autonomía del sujeto como la denominada “autonomía pública”, para que el objetivo de una política deliberativa basada y reglada únicamente en su aspecto formal sea una realidad. La importancia de ambos tipos de autonomía, en atención a la idea de discurso, se basa en la operatividad de la comunicación (institucionalizada por los derechos humanos) para la formación de una voluntad política racional. Habermas, Jürgen (b) “Política deliberativa”. En *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 4ª edición, trad. Manuel Jiménez Redondo (Madrid: Trotta), 2005, pp. 385 y 392.

17 Habermas, Jürgen (a), Op. Cit., pp. 465 y ss.

innegable. La consagración de la dignidad humana como un presupuesto intrínseco a la racionalidad humana –sea en los sistemas de Derecho internacional como en los sistemas internos– es una cuestión que se vincula directamente con la entrega de un marco de eficacia jurídica a la protección de la individualidad humana en tanto individualidad libre<sup>18</sup>.

La *vida buena* individual –dotada de un contenido determinado en atención a cómo un sujeto construye su propia identidad<sup>19</sup>– es en último término un acto libre derivado de la racionalidad intrínseca a la noción de persona. Kant en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* indica una determinada manifestación del imperativo categórico que expresa que los hombres en tanto racionales poseen una dignidad y –por lo mismo– son fines en sí mismos<sup>20</sup>. De otra forma, cada persona puede desarrollar siempre actividad en tanto fin en sí mismo, mientras no vulnere a otro sujeto, también fin en sí mismo.<sup>21</sup> El concepto intrínseco de libertad queda a la vista, ya que el hombre –en tanto fin– puede determinar su propia vida mientras no vulnere la dignidad (la calidad de fin en sí mismo) de otra persona. Sin embargo, toda vez que el liberalismo plasma dicha interacción desde un presupuesto que es políticamente procedimental (o sea, que involucra la neutralidad del poder del Estado frente a las diversas concepciones materiales de *vida buena*<sup>22</sup> que un sujeto libre puede abrazar), abordarla involucra la configuración de un mecanismo que permita la recepción, en el ordenamiento jurídico, de la libertad del sujeto de abrazar las condiciones materiales de *vida buena* que considere indispensables para el desarrollo de su propia individualidad.

---

18 La construcción de dicho planteamiento obedece, según Dürig, a que “(...) el panorama estatal conlleva una medida de implementación valorativa para toda la actuación estatal; determinando y delimitando los fines y obligaciones del Estado y la legitimidad del Estado y del Derecho en orden a los valores de una ética personalista (...), y presupone, además, en el sistema de derechos públicos subjetivos invocables frente al Estado, no solo una preocupación ética sino que obliga también a perfeccionar la totalidad del ordenamiento jurídico (sobre todo en lo referente al derecho privado), ya que también respecto a los poderes que no son el Estado no es dable una lesión de la dignidad del hombre”. Citado por Oehling de los Reyes, Alberto, “El concepto constitucional de dignidad de la persona”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 91 (ene-mar) 2011, p. 137.

19 La configuración de la identidad del sujeto en atención a sus relaciones intersubjetivas es –tal vez– el rasgo más importante del denominado liberalismo comunitario, y, por lo mismo, de la noción de reconocimiento de la diferencia en tanto vida buena configurada de forma distinta a la de una determinada cultura mayoritaria. Ver Taylor, Charles, Op. Cit., p. 53. Otra forma de contexto respecto a la vida buena está dada por las justificaciones éticas del feminismo. Para un examen de las mismas, ver a Casas Becerra, Lidia; Vivaldi Macho, Lieta y Álvarez Rubio, Juan José, “Debate sobre la legalización de la interrupción del embarazo en Chile: las condiciones mínimas necesarias de garantizar y preservar”, en *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, (Santiago: Centro de Derechos Humanos, Univ. Diego Portales), 2016, pp. 13 y ss.

20 “(...) La razón vincula, pues, toda máxima de la voluntad como universalmente legisladora a cualquier voluntad y también a cualquier acción para consigo misma, y esto no en virtud de ningún otro motivo práctico o en vista de algún provecho futuro, sino por la idea de la dignidad de un ser racional que no obedece otra ley que aquella que él se da a sí mismo (...) En el reino de los fines todo tiene un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene dignidad”. Kant, Immanuel (a), *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, Trad. L. Martínez de Velasco, (Madrid: Espasa-Calpe), 1996, p. 112.

21 “El autogobierno es quizás el tema fundamental de la ética, el cual descansa en la idea de que todos los seres humanos, en tanto seres racionales, tenemos la potencia de ejercer nuestra libertad mientras no causemos daño a otro”. Casas/Vivaldi/Álvarez, Op. Cit., p. 17.

22 El concepto de *vida buena* de orden material es planteado –dentro de un contexto liberal de pluralidad de sujetos– por Dworkin (a), Op. Cit. pp. 188 y ss., y el mismo es recogido con posterioridad por Taylor en su famosa obra *La política del reconocimiento* como parte del planteo de la idea o noción de liberalismo igualitario. Ver Taylor, Charles, “La política del reconocimiento”, en *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, (México, D.F.: FCE), 1993, pp. 85 y ss. No se corresponde a la noción de *vida buena* esgrimida por Aristóteles en el libro I de la *Ética Nicomáquea* (frag. 1097 b) como *vida virtuosa*, debido a la configuración eminentemente negativa de la libertad liberal.

De esta forma, la cristalización en las constituciones de los derechos fundamentales de primera generación (inspirados en la libertad de autodeterminación sin coacciones externas) como mandatos jurídicos, genera, a la vez, una exclusión y una posibilidad: a) excluye que los sujetos se vean coaccionados a seguir una determinada noción de *vida buena*<sup>23</sup>; y, b) los posibilita a desarrollar su propia existencia de la forma que ellos mismos determinen.<sup>24</sup>

a) En tanto exclusión de imposición de una determinada noción de *vida buena*, dentro del pensamiento liberal se ha considerado que tanto una afectación individual como una afectación estatal a la esfera de autonomía de un determinado sujeto es un mal para el mismo.<sup>25</sup> Mientras que la vulneración de la autonomía de un sujeto fue tratada por Kant bajo el rótulo de “delito” (en atención a que es una coacción sobre el arbitrio de cada sujeto),<sup>26</sup> la segunda afectación por parte del Estado es clave para comprender por qué los ordenamientos jurídicos de las denominadas democracias liberales se construyen bajo determinados presupuestos (“principios”), cuyo contenido es establecido racionalmente y su manifestación jurídico objetiva –los derechos subjetivos humanos– sirven de límite y fundamento a un poder estatal limitado, en pos de la efectiva protección de la autonomía individual de cada sujeto-ciudadano. Es por ello que Habermas ha sostenido la creciente importancia de la noción de derechos humanos o fundamentales, como realidad jurídica necesaria para dar operatividad al concepto de dignidad humana, ya que los mismos dotan de contenido a aquella.<sup>27</sup>

b) La noción de *vida buena* en tanto contenido debemos encasillarla en la posibilidad de que los sujetos puedan desarrollar su propia existencia dentro de los parámetros que ellos mismos auto determinen. Una *vida buena*, en palabras de Dworkin, se construye precisamente en cómo cada persona es capaz –de forma más o menos articulada– de *dar valor* a aquello que quiere dentro del contexto de su propia vida y aquello que considere el sujeto como “bueno”, sin injerencia de ningún tipo<sup>28</sup>. De esta forma, la noción de *vida buena* se encasilla en aquella libertad denominada negativa, y como tal se manifiesta como una expresión más de la autonomía del sujeto, y como cuestión intrínsecamente ligada a una concepción política en donde éste es –en tanto autónomo– protegido de la intromisión por parte del poder estatal.

23 “Una sociedad liberal debe permanecer neutral ante la vida buena, y limitarse a asegurar que, véanse como se vean las cosas, los ciudadanos se traten imparcialmente y el Estado los trate a todos por igual”. Taylor, Charles, Op. Cit., p. 86. Sin embargo, dentro del liberalismo comunitario, la *neutralidad ética* que presume el liberalismo de corte dworkiniano es vista como una forma más de *vida buena*: “El liberalismo es también un credo combatiente”, sentenciará Taylor (Ibid, p. 93).

24 Geuss señala –en atención a la característica del liberalismo que él denomina como individualismo– que “Esto significa que (...) no existen propiedades estructurales de las sociedades que sean valiosas de por sí, más allá de su posible contribución al bienestar de los miembros individuales de la sociedad, y, a fortiori, no existen valores trascendentales no individuales”. Geuss, Raymond, Op. Cit., p. 150.

25 En cuanto a las relaciones existentes entre control y autonomía de la sexualidad femenina y de su capacidad reproductiva, ver Zúñiga Añazco, Yanira, “La regulación del aborto: entre el control y la autonomía”, en *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, (Santiago: Centro de Derechos Humanos, Univ. Diego Portales), 2016, pp. 117-120.

26 Kant, Immanuel (b), “Introducción a la doctrina del Derecho”, *La metafísica de las costumbres*, 3ª Edición, trad. Adela Cortina y Jesús Conill, (Madrid: Editorial Tecnos), 1999.

27 Habermas ha sostenido que “Los derechos fundamentales, tanto los que garantizan libertades individuales como los de participación política, fundamentan el estatuto del ciudadano, estatuto que entretanto se ha vuelto autorreferencial en la medida que habilita a los ciudadanos unidos democráticamente a conformar su propio estatus mediante la autolegislación.” Habermas, Jürgen (c), “La constelación posnacional y el futuro de la democracia”, *La constelación posnacional. Ensayos Políticos*, trad. Pere Fabra et. al. (Barcelona: Paidós), 2000, p. 103.

28 “Each person follows a more-or-less articulate conception of what gives value to life. The scholar who values a life of contemplation has such a conception; so does the television-watching, beer-drinking citizen who is found to saying “this is the life”, thought he has thought less about the issue and is less able to describe or defend his conception”. Dworkin, Ronald (a), Op. Cit., p. 191.



El contenido de la noción tiene como consideración la construcción de la identidad de cada sujeto. Así, las diversas concepciones de vida buena que en una determinada sociedad se desarrollan, tienen como punto de partida la noción de identidad como el contenido mismo del sujeto que participa del diálogo con otros. En efecto, mientras el liberalismo da énfasis a la imposibilidad de dotar de un contenido ético determinado a las relaciones intersubjetivas en un plano político (para que así cada agente participe en un plano de igualdad formal), la noción propiciada por el comunitarismo liberal aboga por la comprensión de los supuestos básicos de construcción de la identidad del sujeto y su efectiva protección de una eventual homogenización de parte de culturas mayoritarias. La clave, según Taylor, se constituye por la creación –por parte de cada sujeto– de su subjetiva identidad en atención a sus relaciones dialógicas con los otros. Vale decir, una persona es quien es en virtud del diálogo permanente con otros sujetos en atención a criterios predominantemente culturales. El comunitarismo liberal aboga, de esta forma, por la protección efectiva de la diversidad cultural en tanto comunidad, ya que dentro de éstas el sujeto construye su particular forma de *vida buena*.

En síntesis, la noción de *vida buena* desde un punto de vista liberal se construye básicamente sobre tres presupuestos, a saber: i) la neutralidad ética que el liberalismo propugna, imposibilita que una forma de concepción de la buena vida se imponga sobre otra (que en cuanto a presupuesto individual, significaría una intromisión en una esfera que pertenece autónomamente al sujeto en tanto racional y libre, o sea, en tanto digno); ii) una limitación efectiva al poder estatal en tanto éste se debe constituir como limitado *ex ante* en función de no vulnerar al sujeto en tanto autónomo (“derechos fundamentales”); e iii) la capacidad que cada sujeto –en atención a sus propias vivencias– de construir su identidad como un presupuesto psicológico derivado de su constante interrelación con otros miembros de una determinada comunidad.

### **3. Libre desarrollo de la personalidad: criterios de hermenéutica constitucional y posibilidades de interpretación del art. 19, N.º 1**

#### *3.1. Criterios de hermenéutica constitucional*

En las líneas precedentes hemos sostenido la idea de que nuestra Constitución Política tiene una clara raigambre liberal que la inspira, y que la misma se encuentra implícita en varias normas del texto constitucional, en específico en el capítulo primero de las “Bases de la Institucionalidad”. De ahí la importancia del principio de libre desarrollo de la personalidad como manifestación intrínseca de la noción de dignidad humana que hemos sostenido, cuyas raíces nacen en la noción de Kant respecto al arbitrio como manifestación de finalidad en sí misma de la persona humana.

La recepción de la dignidad humana en tanto principio jurídico y en tanto valor constitucional sella el carácter liberal de nuestra Constitución.<sup>29</sup> De ello se deriva la necesidad de entregar un sentido a lo interpretado como fundamento mismo de la labor hermenéutica constitucional: la dignidad humana es un contexto que debe tener el intérprete de la Constitución, sea el legislador al momento de crear

---

<sup>29</sup> “La dignidad de la persona, valor superior o principio general del derecho, en cuanto se ha positivizado en la Constitución es norma de derecho positivo. No quiere esto decir que haya perdido el carácter de principio. Sino que, además, es norma jurídica constitucional directamente obligatoria.” González Pérez, Jesús, “La dignidad de la persona en la jurisprudencia constitucional”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, (Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas), N.º 62, 1985, pp. 136-137.

una norma conforme a la Carta fundamental, o bien el juez al momento de resolver un conflicto de constitucionalidad. De esta forma, al otorgar un contexto, se operativiza el principio del libre desarrollo de la personalidad como un estándar más en el examen del conflicto que origina la necesidad de recurrir a algún tipo de criterio hermenéutico.

Que la dignidad humana constituya un contexto quiere decir básicamente que la misma actúa como un concepto indeterminado, puede determinarse su contenido, pero siempre en atención a lo predeterminadamente definido de forma lingüística por el constituyente. De este modo, nuestra tesis del contexto interpretativo (que explicaremos *infra*) adhiere a lo que el profesor español García Amado denomina como “positivismo constitucional”, en contraposición a la corriente del “neoconstitucionalismo”.<sup>30</sup>

Ello, sin lugar a duda, enriquece la apertura al debate moral crítico o prescriptivo dotándolo de un sustrato objetivo y, sobre todo, jurídico en la labor interpretativa. Esto implicaría tanto una interpretación constitucional en estricto sentido como una interpretación conforme a la Constitución, ambas capaces de darle un sentido al valor de la dignidad humana en todo el espectro del ordenamiento jurídico; y, a su vez, se respeta la estructura abierta de los principios, dotándole de un contenido, en atención a la moral objetiva que el mismo contexto sugiera al intérprete integrar.

Ahora bien, el concepto de *vida buena* –propio del liberalismo– se ha recepcionado en los ordenamientos jurídicos como una derivación de la noción de dignidad humana con operatividad jurídica. Sin embargo, la operatividad jurídica de la *vida buena* no ha quedado de manifiesto aún, habida consideración de que la noción de dignidad humana es eminentemente formal: los sujetos son iguales en tanto dignos y, por tanto, iguales en autonomía. Nos preguntamos, ¿cómo el derecho basado en reglas formales y universales puede proteger el contenido de vida buena que cada sujeto desarrolla en atención a sus creencias, opiniones, contexto sociocultural?

Un Estado como liberal, como es precisamente el Estado constitucional chileno, se caracteriza por la construcción de mecanismos de protección de la autonomía individual –jurídicos y de acceso universal– y no solamente la recepción axiológica de un contenido neutral en cuanto a ideología fundacional<sup>31</sup>. Bajo dicho supuesto, los mecanismos por excelencia en el plano jurídico-liberal son los derechos fundamentales, garantizados a cada sujeto en una condición de igualdad y que constituyen verdaderos límites a la afectación de las libertades individuales de cada sujeto.

30 Esta última corriente ve una carga valórica predefinida en el concepto de dignidad humana, cualidad que, en definitiva, podría afectar incluso la tarea del legislador democrático y la soberanía popular. Sobre el problema de los conceptos indeterminados, ver García Amado, Juan Antonio, “Derechos y Pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo”, en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, (Madrid: Trotta/UNAM: Instituto de investigaciones Jurídicas), 2007, pp. 238-239. Además, José Enrique Mora ha señalado que “(l)a dignidad de la persona, quedaría de este modo reducida a un principio inspirador, dinámico, que articula y sistematiza los derechos humanos. Un valor-guía, pero, al mismo tiempo, un resultado configurado por las realidades normativas dinámicas, que son derechos fundamentales” (énfasis nuestro). Mora, José Enrique, “La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española”, en *El Primado de la persona en la moral contemporánea: XVII Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra*, (Pamplona: Universidad de Navarra), 1997, p. 530.

31 “(...) sin los derechos privados clásicos, en particular una igual libertad de acción, no existiría tampoco ningún medio para la institucionalización jurídica de aquellas condiciones bajo las cuales los ciudadanos puedan participar en la praxis de su autodeterminación”. Habermas, Jürgen (d), “Acerca de la legitimación basada en derechos humanos”, *La constelación posnacional. Ensayos Políticos*, trad. Pere Fabra et. al., (Barcelona: Paidós), 2000, p. 152. Ver también el desarrollo que hace Geuss a la noción de *poder limitado*. Geuss, Raymond, Op. Cit., pp. 158 y ss.

### 3.1.1. Cuestiones previas respecto a la interpretación y a los principios

Tal y como lo señala Diez-Picazo, “(u)n rasgo peculiar de los derechos fundamentales es que muy a menudo tienen una formulación normativa abierta (...) por expresarlo con propiedad, las normas que declaran derechos fundamentales suelen tener estructura principal”.<sup>32</sup> Este rasgo o característica que presenta la configuración normativa de la mayoría de derechos fundamentales es una peculiaridad si se compara la estructura de una regla, ya que esta contiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica en caso que se cumpla el supuesto. Al contrario, un principio contiene un *mandato de optimización* de un determinado valor o bien jurídico, lo que significa que dicho valor o bien jurídico debe cumplirse en la mayor medida de lo posible (no bajo la estructura de la regla de *on/off*, o sea, con la existencia de una determinada consecuencia jurídica en caso de incumplimiento de la conducta dada)<sup>33</sup>. Entonces, teóricamente hablando, los derechos fundamentales pueden configurarse sea bajo la estructura de reglas, o bien se estructuran como principios.

La distinción entre regla y principio nos permite identificar una insuficiencia de los criterios tradicionales de interpretación de la ley al momento de querer dar un contenido a los principios. Así, por ejemplo, mientras la prelación de los criterios de interpretación de la ley en los artículos 19 al 24 del Código Civil se configuran en gran medida para encontrar el sentido más puro a la intención del legislador, la estructura principal obliga al intérprete no sólo a dar con el sentido de las palabras, sino –en palabras de Diez-Picazo– *a la apertura al debate moral* sobre la interpretación de los principios. Ello significa que, en el primer caso (interpretación de las reglas), se debe entender que el intérprete debe realizar su labor hermenéutica en el sentido y forma que quiso entregar el emisor de la regla, mientras que en el segundo caso (principios) “*se multiplican las dificultades interpretativas y, sobre todo, los métodos hermenéuticos establecidos (literal, histórico, sistemático, teleológico) se muestren a veces insuficientes*”<sup>34</sup>. De esta forma, se acepta a nivel de la doctrina y jurisprudencia que en caso de colisión a nivel de principios estos deben ser ponderados<sup>35</sup>, lo que en sí es un acto de carácter interpretativo, ya que un intérprete debe decidir en definitiva la dimensión de peso del principio, atendiendo no sólo a cuestiones de texto, sino también a un determinado contexto.

La importancia de los principios en la toma de decisiones no es menor, y ello deriva precisamente de un acto interpretativo. En el pensamiento teórico jurídico de Dworkin, estos juegan un rol importante en atención a la discusión sobre si existe una esfera de discrecionalidad judicial más o menos fuerte (y por lo mismo, una laxitud en la tarea interpretativa más o menos fuerte). Por ello, la comprensión específica sobre la utilización de principios involucra un acto de racionalidad del agente que los esgrime: los principios no son estándares que necesariamente conforman (junto con las normas) la totalidad del derecho, sino más bien, el principio se manifiesta cuando el agente decide un caso y en su decisión existen proposiciones que toman la forma de estándares de textura abierta.<sup>36</sup>

---

32 Diez Picazo, Luis María, Op. Cit., p. 44.

33 Ibid., pp.44 y ss. También, Dworkin, Ronald (b), *Los derechos en serio*, Trad. Marta Gustavino, (Barcelona: Ariel), 1989, p. 73 y ss. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. Carlos Bernal, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 79 y ss.

34 Diez Picazo, Luis María, Op. Cit., p. 47.

35 En cuanto a la *ponderación*, se ha dicho que esta sucede básicamente en atención a la colisión de principios. Alexy sostiene que en dicho conflicto no se pondera la validez del principio frente al otro, sino que más bien la ponderación del conflicto dice relación con la dimensión del *peso* del principio en el contexto del conflicto. Ver Alexy, Robert, Op. Cit., pp. 70 y ss.

36 “En realidad, lo que quiero es oponerme a la idea de que el derecho contiene un número fijo de estándares, de los cuales algunos son normas

En tanto acción interpretativa, es importante destacar la obra *La interpretación del Derecho* de Ismael Bustos. Dicho texto pretende reencontrar las raíces hermenéuticas *en tanto hermenéutica* de la labor del intérprete jurídico, y por lo mismo, la relación directa que existe entre la interpretación constitucional con las corrientes *avant gardé* del pensamiento hermenéutico. Así, se estima que las propuestas teóricas de Dworkin o Alexy no son de aquellas que buscan encontrar el sentido que quiso dar el autor de un específico texto legal (exégesis) usando ciertas reglas, sino que buscan dotar o dar de un sentido al Derecho en sí mismo<sup>37</sup>. Por ello, la hermenéutica se entiende como una teoría universal de la comprensión, un “todo es texto”, lo que involucra que la tarea interpretativa debe ser desarrollada no sólo en atención a un *texto*, sino que –además– un determinado *contexto* es susceptible de ser interpretado.

Por ello, si se coloca el énfasis en el contexto (más que en desentrañar el significado de un texto), podemos justificar *prima facie* el uso de principios jurídicos como criterios de interpretación. Toda vez que la acción hermenéutica va dirigida a contextos –puede que un principio no esté declarado como tal, o sea, “no tenga texto (interpretable)”–, la labor interpretativa se traducirá en *contextualizar* el problema jurídico en atención a determinados bienes y valores que al podrían colisionar al momento de decidir.<sup>38</sup> Dar un uso hermenéutico a un principio involucra contextualizar racionalmente, porque si la estructura principal admite la apertura al debate moral, el juez al momento de desarrollar su argumentación en base a principios, le da un sentido en atención a un determinado contexto.

### 3.1.2. Sobre la interpretación constitucional y los principios

La insuficiencia de los criterios interpretativos entregados por el legislador es especialmente gravitante cuando nos referimos a la interpretación del texto de las constituciones políticas en el contexto de sociedades pluralistas, ya que “(...) *se demandan unas técnicas y métodos de interpretación que den respuestas a los conflictos que se producen en su seno, en las que el formalismo, la neutralidad axiológica y la racionalidad intrínseca del legislador cada vez se ven más comprometidas*”.<sup>39</sup> De esta forma, si se acepta que el desarrollo de una hermenéutica constitucional está estrechamente ligado a criterios interpretativos distintos a los entregados por la hermenéutica legal clásica ( “encontrar” un sentido predefinido por el legislador), es forzoso hacer la siguiente pregunta: ¿cómo la interpretación de los principios constitucionales –entendidos estos como parte del Derecho– puede *abrirse al debate* en atención al sentido del texto constitucional?

Un acercamiento al problema de la interpretación constitucional pasa por comprender que las constituciones no sólo son directrices de carácter jurídico, o sea, destinadas a la solución de conflictos intersubjetivos. Las constituciones tienen un carácter político que es determinado de forma más o menos precisa por las condiciones políticas dadas al momento de su creación y desarrollo posterior. La concreción de dicho carácter político determina ciertos valores cuyo reflejo impregna al ordenamiento

---

*y otros principios. Más bien insisto en que un resumen preciso de las consideraciones que deben tener en cuenta los abogados para decidir sobre un determinado problema de derechos y deberes jurídicos incluiría proposiciones que tuvieran la forma y la fuerza de principios (...)*. Dworkin, Ronald (b), Op. Cit., p. 140.

37 Bustos, Ismael, *La interpretación del derecho. Teoría y práctica*. (Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago), Año 2010, pp. 20-21; 96 y ss.

38 Alexy, Robert, Op. Cit., pp. 70-76.

39 Fernández Cruz, José Ángel, “La interpretación conforme a la Constitución: una aproximación conceptual”, *Revista Ius et Praxis*, (Universidad de Talca), Año 22, N.º 2, 2016, p. 154.

jurídico de un sentido valórico objetivo. De esta forma, y de acuerdo con lo señalado por Díaz Revorio, “(l)os actuales textos constitucionales (...) tienden a estar repletos de valores y principios fundamentales, con un acusado carácter ambiguo o genérico, que por su propia naturaleza admiten muy diversas opciones para el intérprete”.<sup>40</sup>

En consecuencia, existe una relación estrecha entre principios y valores constitucionales, que podría llevar a confundirlos.<sup>41</sup> En efecto, las constituciones en tanto normas jurídicas entregan directrices –reglas y/o principios– para la resolución de conflictos intersubjetivos y para la organización político institucional del Estado, las que se ven impregnadas por los valores establecidos constitucionalmente (y, en un plano de la política occidental globalizada, por la democracia y el liberalismo en una corriente que se ha denominado genéricamente como *constitucionalismo*)<sup>42</sup>. De ahí que se hable de una hermenéutica constitucional que es distinta a la hermenéutica legal, ya que esta última se basa (casi exclusivamente) en encontrar el sentido dado por el legislador a la regla.<sup>43</sup> Incluso, el fenómeno denominado como *interpretación conforme a la Constitución* pareciera significar que existen claros procesos de constitucionalización del Derecho, por abogar en soluciones hermenéuticas diversas conformadas por “*elementos que condicionan la comprensión del precepto legal más allá de la interpretación asentada en otras instancias jurisdiccionales*”.<sup>44</sup>

Se ha entendido –por ejemplo, el Tribunal Constitucional chileno en diversos fallos– que la Constitución debe interpretarse de una forma sistemática y finalista.<sup>45</sup> Una interpretación de este tipo quiere decir que “*el estudio del contexto (...) permite descubrir cuál es el papel o función distintiva que cumple dentro del sistema constitucional el precepto cuyo sentido se indaga. Con la finalidad de la norma a la vista, el intérprete estará en condiciones de reconocer a aquélla su sentido más auténtico y genuino, es decir el sentido objetivo, aquél que trasciende la intención que pudo haber tenido el constituyente*”.<sup>46</sup> Ello es de importancia gravitante, toda vez que, como reconoce el profesor Bustos, para la exégesis del texto constitucional se debe comulgar con sus valores, “*se participa o no, existencialmente, de sus valores, se comulga o no con su ideología; y el problema nace, obviamente, cuando ello no ocurre*”.<sup>47</sup>

Sin embargo, la interpretación sistemática y finalista que se ha propuesto no significa de por sí que los principios deban siempre ocuparse como parte del trabajo hermenéutico del intérprete. Más bien se estima que –en tanto sea necesario– los principios pueden ser elementos de contexto para el intérprete, como forma de entregar un sentido a la norma en discusión, habida consideración de

40 Díaz Revorio, Francisco Javier, *La “Constitución abierta” y su interpretación*, (Lima: Palestra Editores), 2004, pp. 22-23.

41 A este respecto, ver lo señalado por Alcalde Rodríguez, Enrique, “Relación entre valores y principios generales del derecho en la interpretación constitucional de derechos fundamentales en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, (Universidad Católica de Chile), vol. 35, N.º 3, 2008, pp. 470 y ss.

42 Geuss, Raymond, *Op. Cit.*, pp. 160-161.

43 Resulta curioso que en nuestra doctrina existan resabios del uso de los criterios de interpretación de la ley a nivel constitucional, lo que puede explicarse sólo por una raigambre eminentemente legalista de la cultura jurídica en Chile. Así, por ejemplo, Carlos Ducci señala que: “*Al decir que las normas de interpretación del Código Civil se aplican a toda ley, incluimos en ello también los preceptos constitucionales. Es evidente que estos preceptos necesitan también ser interpretados, y la forma de realizar la interpretación es aplicando las normas generales que señala el Código Civil.*” (*Interpretación jurídica*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 1989, p. 95).

44 Fernández Cruz, José Ángel, *Op. Cit.*, pp. 157 y 158.

45 Sobre dichos fallos, ver Zapata Larraín, Patricio, *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 2008, pp. 203 y ss.

46 *Ibid.*, p. 201.

47 Bustos, Ismael, *Op. Cit.*, pp. 200-201.

su naturaleza racional y argumentativa.<sup>48</sup> Ello es coherente con la propuesta de Dworkin respecto a la relación entre principios y casos difíciles (*hard cases*);<sup>49</sup> y los casos en donde se debe ponderar un conflicto entre derechos fundamentales, o bien entre estos y los valores que la misma Constitución establece, situaciones que pertenecen a este tipo de cuestiones altamente complejas en su resolución.

### 3.2. Criterios interpretativos del art. 19, n.º 1, en la sentencia del Tribunal Constitucional rol n.º 3729 (3751)/2017

Desarrolladas las ideas básicas en torno a la inspiración liberal de nuestra Carta fundamental y los criterios de hermenéutica constitucional aplicables, nos resta abordar las posibilidades de interpretación que posibilitaría el art. 19 n.º 1 de la Constitución, especialmente teniendo en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional rol n.º 3729 (3751)/2017, sobre despenalización de tres causales de aborto.

No se debe perder de vista en esta temática que la Constitución es la juridificación de la política o, más específicamente, la expresión jurídica de un determinado orden político. Siempre la supremacía constitucional debe observarse como una cualidad política, por ello la importancia del poder constituyente que “*actúa en un vacío de legalidad, pero no de legitimidad*”.<sup>50</sup> De ahí que, citando a Francisco Zúñiga, “*la interpretación de la Constitución es la interpretación de los límites que esta impone, en particular al legislador, que es el intérprete ordinario o usual de la Constitución misma*”.<sup>51</sup> Es decir, en lo que nos interesa, se plantea una libre apreciación del legislador con motivo del desarrollo de los derechos fundamentales (“política de derechos fundamentales”), siempre cumpliéndose la densidad normativa exigida por la Carta al legislador.<sup>52</sup> Ello evita caer en el tópico de la denominada “*soberanía de la Constitución*”, que sustituye el Estado democrático por el Estado constitucional.

El primer y principal conflicto de constitucionalidad que tuvo que ser resuelto por el Tribunal en el requerimiento presentado fue, precisamente, si el legislador habría excedido su competencia, vulnerando el mandato del artículo 19, numeral 1.º, inciso segundo, de la Constitución, contraviniendo las bases en que se funda el Estado de Derecho.

Según los requirentes, en ese inciso segundo (“*la ley protege la vida que está por nacer*”) se consigna un mandato de contenido sustantivo al legislador y no solo una norma de asignación de competencias. De acuerdo con su fundamentación, el que está por nacer tiene una vida independiente de la madre y es una persona titular de derechos fundamentales desde la concepción; de ahí que, la competencia del legislador no es amplísima y en ningún caso puede generar una acción directa que provoque un aborto. A su vez, en sus observaciones, la presidenta de la República argumenta que en la Constitución se hace un tratamiento diferenciado entre las personas y el *nasciturus*, y que este último no es persona. Sostiene que la Carta entrega un mandato amplio en su regulación a la ley, la cual puede ponderar y

48 “Para autores como Dworkin, MacCormick, Alexy y Atienza, si la interpretación (en abstracto) implica atribuir a una disposición un significado, esto supone dar buenas razones para preferir dicho significado que, en último término, supone una pretensión de corrección”. Fernández Cruz, José Ángel, Op. Cit., p. 163.

49 Dworkin, Ronald (b), Op. Cit., p. 163.

50 Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, (Madrid-Barcelona: Marcial Pons), 1999, pp. 113-114.

51 Zúñiga, Francisco, *Control de constitucionalidad y sentencia* (Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional N.º 4), 2004, p. 39.

52 *Ibid.*, pp. 40-41.

decidir discrecionalmente de conformidad a la reserva legal que se le entrega (art. 63, n.º 3), llevando a cabo el legislador un mandato de optimización, en donde se le reconoce una autonomía importante a la mujer, lo cual no puede ser obviado por el Tribunal Constitucional en su decisión; finalmente, concluye que la sanción penal es de *ultima ratio*.

El Tribunal al estructurar su argumentación de mayoría, distingue dos asuntos relevantes: a) los criterios interpretativos que guiarán su razonamiento; y, b) los elementos que también lo guiarán.

a) Los criterios interpretativos que guían el razonamiento del Tribunal.

-Parte haciendo mención al criterio de “*corrección funcional*”, expresando que el proyecto aborda una materia propia de ley (“objeto de codificación”), en donde “*el legislador tiene un ámbito de discrecionalidad inherente a las regulaciones*”, y “*mientras se mantengan dentro de los márgenes permitidos por la Constitución, no hay reproche alguno que pueda formularse*” (26.º).

-El segundo criterio interpretativo es la “*presunción de constitucionalidad*” y la “*interpretación conforme*”. Dice el Tribunal: “*(...) por lo mismo, corresponde a quien alega la inconstitucionalidad, el que debe demostrarlo clara e inequívocamente. No es ni el Congreso ni el Ejecutivo quienes tienen que demostrar la conformidad del texto con la Constitución, sino quienes alegan la inconstitucionalidad. En este mismo sentido, cabe recordar el principio de la interpretación conforme, de acuerdo con el cual sólo en el caso que no quepa conciliación posible entre el proyecto de ley y la Constitución, cabe la declaración de inconstitucionalidad. Si hay una interpretación posible que permita dicha incompatibilidad, debe optarse por este camino*” (27.º).

-El tercer criterio interpretativo es el “*sistemático*”. Señala el Tribunal: “*Las normas de la Constitución no pueden interpretarse aisladamente unas de otras, sino que su sentido debe ser producto de la conjugación armónica de sus distintos preceptos. Por muy importante que sean algunas de sus disposiciones, no pueden aislarse del resto y considerarla como la única existente, subordinando todo el resto de la Constitución a sus prescripciones o efectos*” (28.º).

-El cuarto criterio es el de “*la dinamicidad de la interpretación constitucional*”. En donde se expresa que: “*Esta, por un lado, debe permitir la adaptación del texto a las distintas realidades. Y, por la otra, debe sujetarse a los cambios de contexto que puedan haberse producido entre la fecha de dictación de la Constitución y el momento en que se la aplica. Como veremos dentro de un instante, existen cambios constitucionales, legales y de derecho internacional que fortalecen la autonomía decisoria, la plena igualdad y los derechos de la mujer, que el intérprete de la Constitución no puede obviar*” (29.º).

-El quinto criterio apunta a la “*complejidad de recurrir exclusivamente a un criterio originalista en la interpretación constitucional*”, porque, como señala el Tribunal, “*ha cambiado el contexto jurídico y político en que fue dictada. Asimismo, la Constitución tiene dictadas todas las leyes que la complementan, y que le dan un cierto sentido y alcance. Además, porque el originalismo se traduce en el uso de las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución o las actas del Consejo de Estado. Si bien esta Magistratura ha recurrido en algunas oportunidades a ellas, está consciente que su empleo tiene dificultades*” (30.º).

b) Los elementos que guiarán su razonamiento.

Para el Tribunal Constitucional “*estos tienen que ver con cuatro aspectos: con el pluralismo que garantiza nuestra Constitución, con la autonomía con los derechos de la mujer como persona, con el derecho penal concebido como última ratio y con los derechos de los pacientes*” (33.º). Para los efectos de nuestra

reflexión, destacaremos solamente dos de ellos: el pluralismo y la autonomía de los derechos de la mujer.

-Respecto al elemento de la “*sociedad pluralista*”, expresa el Tribunal que “*la Constitución garantiza el pluralismo organizativo y de ideas. Eso impide que se pueda imponer un modelo determinado de pensamiento, de moral, propio de una o más organizaciones, de una o más personas, al resto de la sociedad*” (34.º).

-En cuanto a la “*autonomía de los derechos de la mujer*”, indica el Tribunal: “*Que la mujer es persona; como tal sujeto de derecho. Por lo mismo, tiene derechos y puede adquirir obligaciones. Entre los primeros, puede hacer valer en su favor: su libertad e igualdad (artículo 1º inciso primero, 19 N.º 2), su condición de igual ante la ley con el hombre (artículo 19 N.º 2), su derecho a la vida y a la integridad física y síquica (artículo 19 N.º 1), su derecho a la salud (artículo 19 N.º 9), su derecho a la privacidad (artículo 19 N.º 4), su derecho a la mayor realización espiritual y material posible (artículo 1.º). La mujer es, en el lenguaje de la Constitución, una persona humana*” (35.º). Concluyendo lo siguiente: “*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*” (39.º).

La sentencia de mayoría se centra, ahora, en el margen de capacidad regulativa que le entrega la Constitución al legislador en esta materia. Desarrollando dos ideas trascendentales a fin de llevar a cabo su rol interpretativo. A saber:

- “*En primer lugar, utiliza la expresión “ley”. Con ello, excluye que sea la Constitución la que se encargue directamente de aquello. La Constitución quiere que una norma general y obligatoria, sometida al debate democrático, pueda cumplir este rol protector (...). No quiso la Constitución cerrar ella misma la protección. La entregó a la apreciación del legislador; en qué casos si, en cuáles no, de qué modo. También es necesario puntualizar que la Constitución no se refiere a una norma legal particular. Puede ser esta penal, civil, laboral, de seguridad social, etc.*” (45.º).

- “*Que, en segundo lugar, la Constitución manda a la ley proteger. Lo primero que cabe señalar es que la Constitución marca una diferencia en su regulación con lo establecido en el inciso primero. Mientras ahí establece “el derecho a la vida y a la integridad psíquica y física de la persona”, utilizó aquí un lenguaje distinto. Desde luego, porque no habló de derechos; encarga a la ley proteger. No es que la Constitución no establezca la protección; es que le encarga al legislador hacerlo. Introduce, por tanto, una mediación. Entregó a la ley un rol, sin asumirlo directamente. También porque habló “del que está por nacer”, en circunstancias que en el inciso primero habla de “la persona”.*” (46.º).

De lo argumentado hasta ahora por el Tribunal Constitucional se infiere una labor interpretativa más cercana a la corriente del “constitucionalismo positivista” y, por ende, más lejana a la corriente “neoconstitucionalista” (o de “hiperconstitucionalización” que inspira nuestra Carta). Su principal diferencia inicial, citando a García Amado, es la siguiente: “*El gran hallazgo de neoconstitucionalismo es su insistencia en el valor dirimente de lo que “dicen” aquellos enunciados constitucionales que contienen la formulación de “valores, principios, derechos y directrices”.* Pero —prosigue— “*lo primero que conviene aclarar es esta yuxtaposición. Un precepto constitucional no dice más o menos (o más o menos dirimentemente) en razón de su catalogación como valor, principio, derecho, directriz, etc., sino en razón de su grado de indeterminación*”



*semántica*".<sup>53</sup> Expresado en otros términos, para el "constitucionalismo positivista", las constituciones mandan lo que claramente corresponde a sus enunciados y términos, y en los márgenes de vaguedad de la Constitución, podrán ser concretados por diferentes modos que no sean contradictorios con la semántica de la propia Carta.<sup>54</sup> Los intérpretes autorizados son el legislador, los jueces y el Tribunal Constitucional, "al poder legislativo le corresponde una función de realización constitucional, consistente en elegir de entre las alternativas que los enunciados constitucionales permiten por no ser contradictorios de sus significados posibles (...) Todo este entramado doctrinal positivista –concluye García Amado– tiene un fundamento político, cual es la defensa de la prioridad del legislador democrático y, con ello, de la soberanía popular".<sup>55</sup> En este sentido hay que comprender lo expresado por el Tribunal Constitucional en torno al "margen de apreciación que se le encarga al legislador" (60.º), en la disposición constitucional del art. 19, n.º 1, inciso 2.º.

Volviendo al estudio de la sentencia, el Tribunal aborda el sentido del deber de protección del no nacido que exige la Constitución a la ley, expresando que: "Esta protección no puede significar ni desprotección, en el sentido que no existen medidas de todo tipo e indispensables en resguardo del no nacido; ni sobreprotección, en el sentido de medidas que vayan más allá de lo razonable y sacrifiquen derechos de otros. Por eso, no puede significar un mandato para descuidar a la mujer. Del texto de la Constitución no se desprende ni se infiere que la protección del que está por nacer sea un título que perjudique a la progenitora (...) Ella no es un medio" (47.º). De ahí que el Tribunal Constitucional concluya algo de mucha relevancia: "Afirmar que la vida comienza desde la concepción, implica establecer inmediatamente una separación y un interés contrapuesto entre la madre y el embrión o feto. También implica establecer una jerarquía, pues la madre pasa a ser el lugar donde el embarazo transcurre y donde la madre tiene poco que hacer o decir" (52.º).

Siguiendo su análisis cercano a la noción del "constitucionalismo positivista", el voto de mayoría se hace cargo del alegato de los requirentes en torno a la noción constitucional de "persona". Indica lo siguiente: "Que también se ha sostenido en esta controversia, que la expresión "persona" es equivalente a "especie humana" y "naturaleza humana". El argumento es el siguiente. Existe una naturaleza humana, que no depende del nacimiento. La tiene incluso el no nacido. Dicha naturaleza le da derechos. Es esta la que se los entrega, no el Estado. Este tendría, por tanto, derecho a la vida" (73.º). Y prosigue su argumentación el Tribunal de esta forma: "Que, al respecto, cabe señalar primeramente, que la Constitución emplea la expresión "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" (artículo 5.º). Sin embargo, el mismo texto agrega que tales derechos no son cualquiera, si no aquellos "garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Es decir, los derechos que los órganos del Estado deben respetar y promover son los que están garantizados en ambos textos. No aquellos que emanan únicamente "de la naturaleza humana" (...) No es, por tanto, cualquier tipo de derechos sino los que la Carta Suprema crea y configura (...) Finalmente, aquí la controversia no es sobre estos derechos que existirían más allá de un ordenamiento jurídico. Es sobre el artículo 19 N.º 1 inciso segundo de la Constitución" (74.º). Concluyendo lo siguiente: "Como se infiere de lo anterior, la forma correcta de interpretar la Constitución no es alterar una interpretación sistemática ni subordinar el resto de los conceptos constitucionales para dar cabida al nasciturus forzando su incorporación en categorías conceptuales no diseñadas para él" (77.º).

---

53 García Amado, Juan Antonio, Op. Cit., p. 238.

54 Ibid., p. 239.

55 Ibid.

Finaliza la *ratio decidendi* de la sentencia, estableciendo la funcionalidad de la interpretación realizada con los derechos de la mujer y su autonomía decisoria. En efecto, plantea la mayoría del Tribunal que la protección del “bien jurídico” del no nacido, “*no necesita del estatuto de persona y distorsionar todo el resto del sistema constitucional y legal, para recibir protección*” (78.º). Coherente con ello, igualmente, argumenta que “*esta protección no puede hacerse sin la debida consideración a los derechos que tiene la mujer (...) Proteger al no nacido no es título para abandonar a la mujer. El que está por nacer no es el único protegido por la Constitución. El legislador debe buscar la fórmula para que el que está por nacer pueda hacerlo. Pero a partir de cierto límite, los derechos de la mujer deben primar*” (79.º). De ahí que, dentro de esta lógica argumentativa, exprese que “*es necesario someter el alegato de los requirentes al test de proporcionalidad. Ellos sostienen que la mejor manera de proteger al que está por nacer es mediante medidas penales*” (113.º). Y concluye que el proyecto de despenalización sortea el test de proporcionalidad, en el sentido de la idoneidad (114.º), necesidad (115.º) y proporcionalidad en sentido estricto en la que se sustenta la decisión legislativa (116.º). Desestima, en definitiva, los requerimientos; salvo, lo que se acogió en cuanto a la objeción de conciencia.

#### 4. Conclusiones

a) La dignidad humana –como concepto indeterminado– es susceptible de interpretación, así como también de ser un criterio hermenéutico, y su valor interpretativo radica precisamente en dicha indeterminación. A su vez, la dignidad humana tiene una lectura política intrínseca al desarrollo del pensamiento liberal en las sociedades occidentales, por lo que su concreción más habitual a nivel constitucional es la de un valor, cuyo contenido –en tanto interpretable– es objetivo. Al ser objetivo, el intérprete debe guiarse por elementos críticos para su contextualización (“moral crítica”), como también por los elementos normativos explícitos en el propio texto constitucional.

b) En cuanto a la operatividad jurídica de la dignidad humana, es posible señalar que la misma se traduce en la concreción de principios y reglas por parte del poder constituyente. La dignidad humana tiene, de esta forma, una faz moral derivada de su desarrollo político-filosófico, y una faz jurídica derivada de la recepción en las constituciones de la igualdad de arbitrio de las personas humanas. De acuerdo con lo expuesto, la faz moral queda manifiesta con el concepto de *vida buena*, como la posibilidad que tienen los sujetos de dar un valor propio a su vida (y que se construye en tanto identidad); en cambio, la faz jurídica se construye con el aseguramiento jurídico de que cada persona pueda desarrollar su personalidad libremente (art. 1, incisos 1.º y 4.º de la Constitución).

c) La idea de libre desarrollo de la personalidad se construye *principalmente*, vale decir, como desarrollo de un razonamiento derivado del contexto en que se sitúa un determinado caso. Los principios, al operativizar un valor (en este caso, la dignidad humana) pareciera que dan una significación –en atención a su indeterminación– más o menos importante a dicho valor, en función a cómo debe guiarse la resolución de un caso en que es primordial dar un contexto no sólo a un determinado texto constitucional, sino como un todo que fue inspirado en atención a dicho valor. Ello concuerda con la denominada interpretación sistemática y finalista, debido a que elementos tales como *sociedad pluralista y autonomía de los derechos de la mujer* (derivados de la sentencia del Tribunal Constitucional estudiada) son necesarios en el razonamiento de una interpretación armoniosa con el orden constitucional.

d) Del análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional, es posible deducir de sus argumentos la coherencia con las ideas básicas de inspiración liberal de nuestra Carta fundamental, especialmente

si se tienen en cuenta los criterios de hermenéutica constitucional que guiaron su razonamiento y los elementos en que se basó, tales como, el pluralismo que garantiza nuestra Constitución y la autonomía de los derechos de la mujer como persona. Es relevante destacar la hermenéutica más cercana a la noción del “constitucionalismo positivista” que desarrolló el voto mayoritario, en donde, por una parte, hizo primar los términos y enunciados constitucionales y las posibilidades de realización de su juridicidad; y, por otra parte, desarrolló una clara defensa de la capacidad regulativa que le confiere la Constitución al legislador democrático.

e) El Tribunal Constitucional fue muy cuidadoso en su labor de verificación de los estándares de racionalidad y proporcionalidad que se habían cumplido en el debate legislativo. En efecto, se partió del presupuesto que la reserva legal constitucional del art. 19, n.º 1, inciso 2.º, le determina –positivamente– la atribución regulativa a la ley (y no a otro tipo de normas), y, a su vez, le impedía –negativamente– desproteger totalmente la vida del no nacido. En este contexto o límites normativos del legislador se situó el alcance del ejercicio de la potestad jurisdiccional del Tribunal Constitucional, el cual en su labor de verificación no definió contenidos prescriptivos en la materia<sup>56</sup>, pues ello, y así lo entendió el Tribunal, correspondía determinarlo finalmente al legislador democrático. En donde claramente había una conexión entre la norma constitucional habilitante al legislador, con los derechos fundamentales en juego de la mujer, dignidad, libertad y autonomía decisoria, en definitiva, el libre desarrollo de su personalidad. Todo ello exigía preservar el principio de presunción de constitucionalidad de la ley y la necesaria deferencia que se debía observar al legislador democrático (respetando su “margen de discrecionalidad política”), ya que el Estado constitucional debe ser siempre funcional al Estado democrático, y no al revés. Sería insostenible y poco realista, por lo tanto, cualquier teoría de la Constitución cuyo ideal constitucional se convierta en un freno para el proceso democrático, ya que, a largo plazo, afectaría la propia sustancialidad de la Carta fundamental.

f) Finalmente, con el trabajo desarrollado esperamos haber dado algunas luces en torno a cómo determinados principios cumplen una función orientadora en la hermenéutica constitucional, en particular el principio implícito del libre desarrollo de la personalidad, como instrumento de interpretación sistemática y finalista del art. 19, n.º 1. Cuestión que, en definitiva, ayudará a esclarecer lo *constitucionalmente adecuado* en las diversas temáticas derivadas de la garantía del derecho a la vida, y, lo más importante, que sea fiel a la propia naturaleza liberal que inspira nuestro orden constitucional.

## Bibliografía

Alcalde Rodríguez, Enrique. “Relación entre valores y principios generales del derecho en la interpretación constitucional de derechos fundamentales en Chile”. *Revista Chilena de Derecho* (Universidad Católica de Chile), vol. 35, N.º 3, 2008.

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.ª Edición. Trad. Carlos Bernal. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2007.

Aristóteles. *Ética Nicomáquea y Ética Eudemia*. (Madrid: Gredos), 1985.

Bustos, Ismael. *La interpretación del derecho. Teoría y práctica*. (Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago), 2010.

---

<sup>56</sup> Cuestión aparte es lo que decidió en definitiva a propósito de la objeción de conciencia de las personas jurídicas, análisis que se omite por superar el margen de nuestro estudio.

- Casas Becerra, Lidia; Vivaldi Macho, Lieta y Álvarez Rubio, Juan José. “Debate sobre la legalización de la interrupción del embarazo en Chile: las condiciones mínimas necesarias de garantizar y preservar”. En *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*. (Santiago: Centro de Derechos Humanos, Univ. Diego Portales), 2016.
- Cazor, Kamel. “Problemas teóricos en torno a las potestades normativas y la necesaria redefinición de la reserva legal en el Estado Constitucional chileno”. *Revista Ius et Praxis*, Año 19, n.º 1 (Universidad de Talca), 2013.
- Díaz Revorio, Francisco Javier. *La “Constitución abierta” y su interpretación*. (Lima: Palestra Editores), 2004.
- Diez-Picazo, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. (Madrid: Thomson-Civitas), 2005.
- Ducci Claro Carlos. *Interpretación jurídica*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 1989.
- Dworkin, Ronald (a). “Liberalism”. *A matter of principle*. (Cambridge: Harvard University Press), 1985.
- Dworkin, Ronald (b). *Los derechos en serio*. Trad. Marta Gustavino, (Barcelona: Ariel), 1989.
- Esteve Pardo, José. *La nueva relación entre Estado y sociedad*. (Madrid: Marcial Pons), 2013.
- Fernández Cruz, José Ángel. “La interpretación conforme a la Constitución: una aproximación conceptual”. *Revista Ius et Praxis*. (Universidad de Talca), Año 22, N.º 2, 2016.
- García Amado, Juan Antonio. “Derechos y Pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo”. En *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. (Madrid: Trotta/UNAM: Instituto de investigaciones Jurídicas), 2007.
- González Pérez, Jesús. “La dignidad de la persona en la jurisprudencia constitucional”. En *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. (Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas), N.º 62, 1985.
- Geuss, Raymond. *Historia e ilusión en la política*. (Barcelona: Tusquets Editores), 2004.
- Habermas, Jürgen (a). “The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights”. *Methaphilosophy*, v. 41-4, 2010.
- (b). “Política deliberativa”. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 4.ª edición, trad. Manuel Jiménez Redondo. (Madrid: Trotta), 2005.
- (c). “La constelación posnacional y el futuro de la democracia”. *La constelación posnacional. Ensayos Políticos*, trad. Pere Fabra et. al. (Barcelona: Paidós), 2000.
- (d). “Acerca de la legitimación basada en derechos humanos”. *La constelación posnacional. Ensayos Políticos*, trad. Pere Fabra et. al. (Barcelona: Paidós), 2000.
- Kant, Immanuel (a). *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*. Trad. L. Martínez de Velasco (Madrid: Espasa-Calpe), 1996.
- (b). *La metafísica de las costumbres*. 3.ª Edición, trad. Adela Cortina y Jesús Conill. (Madrid: Editorial Tecnos), 1999.
- Kymlicka, Will. “Liberal individualism and liberal neutrality”. *Ethics*, 99 N.º 4, julio 1989.
- Mora, José Enrique. “La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española”. En *El Primado de la persona en la moral contemporánea: XVII Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra*, (Pamplona: Universidad de Navarra), 1997.
- Oehling de los Reyes, Alberto. “El concepto constitucional de dignidad de la persona”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 91, (ene-mar) 2011.
- Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional Tomo XI. De los derechos y deberes constitucionales*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 2006.
- Soto Kloss, Eduardo. *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales Tomo II*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 1996.

- Taylor, Charles. “La política del reconocimiento”. *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”* (México, D.F.: FCE), 1993.
- Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio; y Nogueira, Humberto. *Derecho Constitucional Tomo I*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 1994.
- Zapata Larraín, Patricio. *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 2008.
- Zúñiga, Francisco. *Control de constitucionalidad y sentencia*. (Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional N.º 4), 2004.
- Zúñiga Añazco, Yanira. “La regulación del aborto: entre el control y la autonomía”. En *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*. (Santiago: Centro de Derechos Humanos, Univ. Diego Portales), 2016.



# 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 interno<sup>1</sup>.

---

\* 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.

<sup>1</sup> 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 convencionalidad<sup>2</sup>; 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 convencionalidad<sup>3</sup>.

## 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)<sup>4</sup>. 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 garantías<sup>5</sup>.

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*”<sup>6</sup>. 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 convencionalidad<sup>7</sup>. 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*”<sup>8</sup>.

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”<sup>9</sup>, 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 Colombia<sup>10</sup>.

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”<sup>11</sup>.

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*”<sup>12</sup>. 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 consultivas<sup>13</sup>. 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 jurisdiccional<sup>14</sup>. 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 derechos<sup>15</sup>.

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*”<sup>16</sup>. 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 Interamericana<sup>17</sup>.

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*”<sup>18</sup>. 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 Pará<sup>19</sup>. 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*”<sup>20</sup>.

---

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*”<sup>21</sup>, 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*”<sup>22</sup>. 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 Culturales<sup>23</sup>, del Comité de los Derechos del Niño<sup>24</sup>, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer<sup>25</sup> y del Comité de Derechos Humanos<sup>26</sup>.

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 Chávez<sup>27</sup>.

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 vulnerables<sup>28</sup>.

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 primera<sup>29</sup>.

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 nacido<sup>30</sup>.

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 Chile<sup>31</sup>.

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 Convención<sup>32</sup>.

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 parte<sup>33</sup>.

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 Constitución<sup>34</sup>.

32 Senado. Sesión 83.<sup>a</sup>, 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.



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

---

Soledad Bertelsen\*

## RESUMEN

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Énfasis agregado.

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



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

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

## *1.2 Algunas precisiones respecto al soft law*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

22 *Ibid.* p. 235.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

La Corte Interamericana no ha dictado sentencias en contra de Chile ni en contra de otros países reconociendo un derecho al aborto. La sentencia de Artavia Murillo vs. Costa Rica de 2012 trata sobre la prohibición de la fecundación *in vitro* en dicho país.<sup>37</sup> La sentencia de fondo de I.V. vs. Bolivia de 2016<sup>38</sup> es sobre esterilización sin consentimiento, y las medidas provisionales dictadas en

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

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

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

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

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

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



el caso *B vs. El Salvador* de 2013<sup>39</sup> son de carácter médico, para asegurar la debida protección del derecho a la vida y a la integridad personal de una mujer embarazada que sufría de la enfermedad de lupus.

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

También a nivel general encontramos informes del Relator Especial sobre Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes<sup>41</sup> en términos similares al de la citada Observación General N°28 o del Relator Especial sobre el Derecho a la Salud, el que señala que las leyes que criminalizan el aborto inducido constituyen ejemplos paradigmáticos de barreras para la protección del derecho a la salud de la mujer.<sup>42</sup> A nivel de documentos dirigidos al Estado de Chile están, por ejemplo, los informes del Comité de Derechos Humanos (1999 y 2007),<sup>43</sup> del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2004),<sup>44</sup> del Comité sobre Derechos del Niño (2007)<sup>45</sup> y del Comité para la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer (2006 y 2012)<sup>46</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 2.1 Titularidad de los derechos

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

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

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

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

49 Ibid., párrafos 39-48.

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

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

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

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

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

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

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

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

54 *Ibid.*, considerandos 68-70.

55 *Ibid.*, considerandos 76-77.

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

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

## 2.2 Normas sobre protección del derecho a la vida

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

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

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

### 2.2.1 Protección por ley

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

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

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

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

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

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

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

La mayoría incurre precisamente en el error que denuncia, al interpretar de forma aislada el inciso 2.º del artículo 19 n.º 1. Por una parte, no considera que el legislador estaría obligado igualmente por el artículo 5.º de la Constitución a promover el derecho a la vida.<sup>66</sup> Sería contradictorio que el mandato expreso del artículo 19 n.º 1 implicara una protección menor que la obligación general del artículo 5.º. Por otra parte, separa de forma forzosa el inciso 2.º del inciso 1.º del artículo 19 n.º 1. Si el artículo 19 n.º 1 trata sobre el derecho a la vida, es rebuscado sostener que el inciso 2.º no se refiere a la protección de un derecho, lógica que no se aplica a ninguno de los otros numerales del artículo 19.<sup>67</sup> Esta conclusión, además, estaría en conflicto con la norma equivalente de la Convención Americana, que señala “*este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción*”.

Además, las otras múltiples disposiciones en la Constitución que establecen un mandato de proteger<sup>68</sup> no tienen una connotación neutra como en el caso de disposiciones que usan otros verbos

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

61 Ibid.

62 Ibid., considerando 47.

63 Ibid., considerando 55.

64 Ibid., considerando 61.

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

66 Ibid.

67 Ibid., Voto de mayoría, considerando 48.

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

al hablar de la ley, como son los verbos regular –recurrente en las normas constitucionales que ordenan dictar leyes orgánicas<sup>69</sup>– reglamentar<sup>70</sup>, establecer,<sup>71</sup> determinar<sup>72</sup> o señalar<sup>73</sup>. Precisamente, al examinar las normas constitucionales en su conjunto, podemos precisar que el mandato de proteger exige más que las otras normas dirigidas al legislador.

También es un argumento débil afirmar que la protección del derecho a la vida no implica una prohibición. El artículo 19 N.º 1 siempre se ha entendido como una prohibición de matar al inocente, aunque no se exprese en términos negativos, lo que se aplica a muchos otros derechos que se reconocen en términos positivos. Aquí nos parece relevante la apreciación del ministro Romero en su voto de concurrencia por acoger los requerimientos, en que recuerda que *“la vida de un nonato se identifica con su existencia, y esta no es susceptible de graduación”*.<sup>74</sup> Es más, respecto del no nacido, el único atributo susceptible de protección es precisamente su vida o existencia,<sup>75</sup> lo que dificulta bastante otro tipo de protección que la que busque prohibir su destrucción. Por esta razón, la ley en cuestión afectaría la esencia del derecho a la vida del no nacido, afectando el artículo 19 N.º 26.<sup>76</sup> Respecto a la reducción de la protección al ámbito penal, la ley en comento va más allá de la mera despenalización al tratar el aborto como una prestación de salud y al fundarse el voto de mayoría en el derecho a la salud de las mujeres.<sup>77</sup>

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

---

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

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

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

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

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

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

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

75 Ibid., considerando 31.

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

77 Ibid., Voto de mayoría, considerando 103.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

84 Ibid, párrafo. 204 y siguientes.

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

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

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

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



derechos y merecen el reconocimiento de la personalidad jurídica. Tampoco concuerda con el artículo 24, que exige igualdad ante la ley, y por tanto, no permitiría dar mayor protección a los nacidos por sobre los no nacidos, ya que a ambos la Convención les reconoce protección en el artículo 4.<sup>89</sup>

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

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

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

---

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

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

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

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

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

94 *Ibid.*, p. 75.

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

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

### 3. Conclusiones

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

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

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

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

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

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

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

## Bibliografía

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

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

## *Jurisprudencia*

### *Corte Interamericana de Derechos Humanos*

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

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

### *Tribunal Constitucional*

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



# Derecho a la vida, constitución y autonomía moral

---

Alejandra Zúñiga Fajuri\*

## RESUMEN

Probablemente uno de los derechos más polémicos, discutidos e interpretados por la jurisprudencia y la doctrina nacional es el derecho a la vida. Las reformas legislativas que en el último tiempo han tenido lugar en Chile –sobre derechos del paciente y aborto– permiten imaginar cómo una nueva Constitución podría concebir al derecho a la vida desde la perspectiva evolutiva que se le ha dado en el derecho comparado e internacional.

## 1. Posibilidades del derecho a la vida

La evolución que tiene el derecho a la vida en la legislación internacional y comparada nos invita a dejar atrás la arcaica concepción que de la misma tiene la actual Constitución chilena, que lo entiende como un derecho limitado en diversos aspectos. Si un derecho es la facultad o la potestad que el ordenamiento constitucional reconoce a una persona para exigir de otra una determinada conducta, vemos que la actual Constitución sanciona solo los actos arbitrarios destinados a privar a alguien de su vida, dejando sin sanción las omisiones que, también de manera arbitraria, generan el mismo efecto, según se revisa más adelante.

El derecho a la vida, al igual que cualquier otro derecho humano, requiere ser delimitado coherentemente en su extensión pues se trata de derechos que, por definición, se construyen con tal amplitud y abstracción, que precisan –por medio de elementos legítimos de interpretación constitucional– clarificar su núcleo de exigibilidad. La pregunta relevante es, entonces, ¿qué significa decir que se tiene “derecho a la vida”? A propósito de la discusión en torno al derecho al aborto que se generó en la década de los años setenta del siglo pasado en los Estados Unidos, Judith Jarvis Thomson sostuvo que el derecho a la vida puede entenderse fundamentalmente de tres maneras. En primer lugar, como un derecho que genera obligaciones tanto negativas como positivas a terceros, de modo que, por una parte, tendría derecho a no ser privado de la vida y, por otra parte, derecho a recibir al menos lo mínimo indispensable para sobrevivir<sup>1</sup>.

---

\* Doctora en Derecho. Académica de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Universidad de Valparaíso. [alejandra.zuniga@uv.cl](mailto:alejandra.zuniga@uv.cl)

<sup>1</sup> Thomson, J.J., “A defense of Abortion”, en *Philosophy and Public Affairs*, Vol 1, N.º 1, 1971, p. 55.

En segundo lugar, Thomson contempla la posibilidad de que el derecho a la vida se comprenda de modo más estricto, descartando las obligaciones positivas (el derecho a recibir algo). De ese modo, el derecho a la vida solo supondría el derecho a que nadie atente contra mi propia vida, es decir, únicamente obligaciones negativas. Por último, sostiene que la obligación negativa a la que obligaría el derecho –de abstención– admitiría, en verdad, excepciones como la legítima defensa o la pena de muerte, de manera que el “derecho a la vida” se reduciría tan sólo al derecho a que no se nos prive arbitraria o injustamente de la vida<sup>2</sup>.

## 2. Derecho a la vida, aborto y tortura

El derecho a la vida comprende no solo el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, sino también el derecho a la integridad física y psíquica de las personas. Esta concepción es importante para la discusión sobre el aborto, la eutanasia y la tortura. En efecto, si la consagración del derecho a la vida se hace en términos tales que constituye un todo indivisible que incluye la protección del soporte biológico de la vida y también la protección de la integridad física y psíquica, entonces se viene abajo el mito argumental que en materia de aborto indica que los derechos a ponderar son, por una parte, el derecho a la vida del embrión y, por otra, el derecho a la autonomía de la mujer. Lo cierto es que una comprensión amplia del derecho a la vida (aceptada por nuestra doctrina sin problematización alguna) obliga a admitir que, en el caso de la mujer, el derecho en juego también es la vida pues detrás de un embarazo no deseado y de las sanciones penales derivadas de un aborto clandestino están su integridad física y psíquica (además de su vida, propiamente tal, en muchos casos).

Una nueva Constitución debe reconocer el derecho a la vida y a la integridad física y moral de todas las personas, sin que puedan ser sometidas a torturas o tratos crueles, inhumanos y degradantes. Se requiere abolir efectivamente la pena de muerte, prohibir el trabajo forzado y la trata de seres humanos. Tanto hombres como mujeres tienen derecho a una vida libre de violencia física, psicológica, moral y sexual. La Constitución debiera resaltar el deber del Estado de adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia de género, en especial la ejercida contra las mujeres y niñas, y en particular la explotación sexual.

Por otra parte, el derecho a la vida que incorpora la integridad corporal engloba, también, el derecho a no ser mutilado ni torturado física o psicológicamente. La Convención contra la Tortura, y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes dispone en su artículo 1.º que: *“Se entenderá por el término «tortura» todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán tortura los dolores o sufrimiento que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a estas”*.

Como se puede apreciar, para que un acto constituya un apremio ilegítimo calificable como tortura en el contexto de la Convención, es necesario que sea obra de un funcionario público u otra

---

2 Thomson, J.J., Op. Cit.



persona en ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. También constituye tortura un acto de apremio físico o psicológico que no tenga necesariamente como objetivo obtener información. Puede buscarse una confesión, castigo o cualquier otra razón de índole discriminatoria. Ahora, dentro de los apremios que son legítimos se incluyen las penas o sufrimientos que sean consecuencia de la privación legítima de libertad, siempre y cuando se respeten los demás derechos de los reclusos. Un ejemplo es la incomunicación, es decir, aquella medida que agrava la detención o la prisión y consiste en el aislamiento del detenido. También constituyen apremios legítimos el arresto, esto es, aquella orden de apremio que se ordena con el fin que el afectado cumpla alguna prestación, por ejemplo, pagar una pensión alimenticia.

El Comité contra la Tortura (órgano encargado de interpretar y fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones emanadas de la Convención en comento) ha establecido que la penalización de toda forma de aborto es constitutiva de tortura, expresando su preocupación por la situación de los abortos clandestinos en Chile, en particular, *“el hecho de que se condicione la atención médica a las mujeres cuya vida está en peligro por las complicaciones derivadas de abortos clandestinos, a que las mismas proporcionen información sobre quienes practicaron dichos abortos. Esas confesiones se utilizarían posteriormente en causas instruidas contra ellas y terceras partes, contraviniendo así lo preceptuado por la Convención”*<sup>3</sup>.

El Comité, además, reunido en su 42.º periodo de sesiones y en el marco de las observaciones finales del Informe presentado por Nicaragua en virtud del artículo 19 de la Convención, destacó la incompatibilidad de la penalización total del aborto con el tratado, por lo que demandó flexibilidad en el tratamiento legal del aborto terapéutico y en los abortos producidos por causa de violación o incesto. En palabras del Comité: *“La prohibición del aborto en los casos de violación, incesto o cuando se amenaza la vida de la mujer, implica que las mujeres estén continuamente expuestas a las violaciones cometidas contra ellas lo que supone un grave estrés traumático con el riesgo de padecer prolongados problemas psicológicos”*<sup>4</sup>. Aclara que la prohibición total del aborto adoptada por Nicaragua ha generado documentados casos de muertes de mujeres embarazadas asociadas a la falta de intervención médica oportuna, en clara violación de las numerosas normas éticas de la profesión médica. *“En cuanto a la participación de profesionales de salud en procedimientos de aborto, el Comité contra la Tortura señaló que el Estado debe evitar penalizar a los profesionales de la medicina en el ejercicio de sus responsabilidades profesionales”*<sup>5</sup>.

Una nueva Constitución debe enmarcarse en el contexto de una legislación que, con el objeto de proteger y garantizar los derechos humanos, esté en armonía con la normativa internacional. Por ello, resulta pertinente revisar aquí, someramente, las conclusiones de la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>6</sup> *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, donde se interpreta el derecho a la vida reconocido en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, imponiendo a los países de América un piso mínimo en la materia que no debiera ser transgredido por una nueva Constitución en Chile.

3 Comité contra la Tortura, Conclusiones y Recomendaciones del Comité contra la Tortura, Chile, 32.º período de sesiones, CAT/C/CR/32/5, 14 de junio de 2004.

4 Comité contra la Tortura, Observaciones Finales del informe presentado por Nicaragua, 42.º período de sesiones, Ginebra, junio de 2009.

5 Human Rights Watch, “Por sobre sus cadáveres. Denegación de acceso a la atención obstétrica de emergencia y el aborto terapéutico en Nicaragua”, *Serie Reportes*, Vol. 19, N.º 2, (HRW), 2010.

6 En adelante, Corte IDH.

Recordemos que el artículo 4.1 de la Convención reza: “*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*”. Por su parte, el artículo 1.2 precisa: “*Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano*”. Pues bien, en su análisis del significado de estos dos preceptos –y en particular en relación con las palabras *persona, ser humano, concepción y en general*–, la Corte IDH despliega varios criterios de interpretación que pueden sintetizarse en dos afirmaciones esenciales: Como afirmación más general, el ser concebido y no nacido, si bien no es persona o ser humano en el sentido de la Convención, debe ser legalmente protegido desde el momento de la concepción “*en general*”, es decir, con las excepciones que se derivan del posible conflicto entre el valor “*gradual e incremental*” de esa vida y los derechos a la vida y a la autonomía de la mujer embarazada. Luego, “*el articulado de la Convención Americana sobre derechos humanos no hace procedente otorgar el estatus de persona al embrión*”<sup>7</sup>.

En segundo lugar, agrega que el objeto directo de protección del artículo. 4.1 de la Convención Americana es fundamentalmente la mujer embarazada pues, “*el objeto y fin del artículo 4.1 es que no se entienda el derecho a la vida del concebido como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos*”<sup>8</sup>. De este modo, a la luz del Pacto de San José de Costa Rica, la vida desde la concepción y antes del nacimiento es un derecho excepcionable o limitable en la medida en que entre en conflicto con otros derechos, en especial los derechos de autonomía de la mujer embarazada, que es el objeto directo de protección de la Convención.

Luego, no cabe sino concluir que “*la protección del no nacido es gradual e incremental según su desarrollo*”<sup>9</sup>, y por tanto, una interpretación de la normativa constitucional que incorpore la Convención Americana, para los efectos de interpretación, no puede sino reconocer la necesidad de un cambio radical en relación con el aborto y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. En este contexto, una nueva Constitución debiera garantizar que ninguna mujer sea puesta en peligro por causa de su embarazo o parto. Asimismo, debiera disponer que la ley garantice y regule la interrupción voluntaria del embarazo. Esto significa regular y restringir el aborto en situaciones distintas a las tres causales que el derecho internacional reconoce como mínimos no susceptibles de restricción, por su vinculación con el derecho a la vida e integridad física y psíquica de la mujer: aborto terapéutico, aborto eugenésico y aborto en casos de violación<sup>10</sup>.

### 3. Derecho a la vida, derecho a la existencia y cuidado sanitario

El derecho a la vida está íntimamente asociado a una serie de otros derechos sin los cuales, evidentemente, aquel no puede subsistir. Por ello, una nueva Constitución debiera dar al derecho a la vida un sentido amplio que considerara, respecto de terceros, obligaciones tanto negativas como positivas. La jurisprudencia de los distintos órganos internacionales ha sido bastante clara. El Comité

7 Corte IDH, Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Fondo, sentencia del 28 de noviembre de 2012, considerando 223.

8 Ibid., considerando 258.

9 Ibid., considerandos 223, 257, 264, 265 y 316.

10 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*, Vol. 12, N.º 1 Santiago, 2014.

de Derechos Humanos de la ONU, al interpretar el derecho a la vida (art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) ha señalado que *“el derecho a la vida ha sido usualmente interpretado de modo restrictivo. La expresión “derecho a la vida inherente a la persona” no puede ser entendida de una manera restrictiva, y la protección de ese derecho requiere que el Estado adopte medidas positivas. En relación a ello, el Comité considera que sería deseable que los Estados Parte adopten todas las medidas posibles para reducir la mortalidad infantil e incrementar las expectativas de vida, especialmente procurando eliminar la desnutrición y las epidemias”*<sup>11</sup>. Como se ve, el Comité sostiene que el derecho a la vida, contenido en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, obliga al Estado tanto a omitir la conducta de matar, como a realizar acciones propias de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), como por ejemplo, el derecho a la protección de la salud.

El argumento principal a favor de los derechos sociales fundamentales, continúa el filósofo alemán, es el argumento de la libertad. *“La libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor. Considerar seriamente al valor de la libertad implica atender a los distintos grados de autonomía real de los individuos. No basta con reconocer en la Constitución que las personas son libres y deben ser tratadas con igual consideración y respeto, pues para ser libre y digno (aquí entenderemos, siguiendo a Kant, que el actuar digno es el actuar autónomo) se requiere asegurarles mínimamente la posibilidad de ejercitar, en los hechos, esas libertades. Un Estado que no asegura recursos mínimos para que los individuos ejerciten su tan preciada libertad, sólo les está concediendo una autonomía formal y no sustantiva, es decir, una autonomía de papel”*<sup>12</sup>.

Ahora, ¿de qué naturaleza son estos derechos sociales? ¿Qué objeciones se invocan contra su reconocimiento? Las objeciones más importantes en contra de los derechos fundamentales sociales pueden ser agrupadas, según Robert Alexy, en dos argumentos complejos, uno formal y otro material. El primero aduce un dilema: si los derechos fundamentales sociales son vinculantes, entonces, conducen a un desplazamiento de la política social desde la competencia del parlamento a la del Tribunal Constitucional. Debido a los efectos financieros de los derechos fundamentales sociales, y a causa de los considerables costos vinculados a su cumplimiento, su existencia judicialmente imponible conduciría a que la política presupuestaria estaría determinada, en parte esencial, por los tribunales de justicia.

En la misma línea, el argumento material alega que estos derechos son irreconciliables, o al menos entran en colisión, con las normas constitucionales materiales, los llamados derechos de primera generación (Derechos Civiles y Políticos). Dado el alto costo de los derechos fundamentales sociales, continúa Alexy, para su cumplimiento el Estado puede distribuir sólo aquello que, bajo la forma de tasas e impuestos, saca de otros. Esto significaría que los límites de la capacidad de rendimiento del Estado resultan no sólo de los bienes distribuibles existentes, sino esencialmente de aquellos que puede tomar de los propietarios de estos bienes para fines redistributivos sin lesionar sus derechos fundamentales<sup>13</sup>. Por ello, en la medida en que las normas constitucionales materiales confieren derechos de libertad, este sería un argumento de libertad en contra de los derechos fundamentales sociales.

Robert Alexy objeta estas afirmaciones sosteniendo que los derechos fundamentales son posiciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, no pueden quedar libradas a la simple

11 Observación General N.º 6., Report of The Human Rights Committee. Official Records of The General Assembly, 37<sup>th</sup> Session, Supplement Nro. 40(A/39/40), 1982.

12 Kymlicka, Will, *Contemporary Political Philosophy, an Introduction*. (Gran Bretaña, Oxford University Press), 2002, pp. 494.

13 *Ibid.*, pp. 494-5.

mayoría parlamentaria. De acuerdo con esta fórmula, la cuestión acerca de cuáles son los derechos fundamentales sociales que el individuo posee definitivamente sería una cuestión de ponderación entre principios. Un derecho a prestación está definitivamente garantizado *ius* fundamentalmente si: a) lo exige muy urgentemente el principio de la libertad fáctica; y b) el principio de la división de poderes y el de la democracia –que incluye la competencia presupuestaria del Parlamento–, y c) los principios materiales opuestos (especialmente aquellos que apuntan a la libertad jurídica de otros), son afectados en una medida relativamente reducida a través de la garantía *ius* fundamental de la posición de prestaciones jurídicas y las decisiones del Tribunal Constitucional que las toman en cuenta. “*En todo caso, estas condiciones están satisfechas en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel mínimo de asistencia médica*”<sup>14</sup>.

Pues bien, nada obsta que una nueva Constitución incorpore una concepción amplia de derecho a la vida que incluya, al menos en cierto grado, obligaciones de prestación. Desde ya, parece evidente que enfrentados a situaciones en las cuales una omisión por parte del Estado a prestar servicios básicos necesarios para mantener la vida –como es el caso de los recursos sanitarios mínimos y urgentes– debiera ser considerada como una infracción del derecho a la vida por omisión, calificando moralmente entonces a la omisión de la misma forma que a la acción.

En la misma línea, una nueva Constitución debiera plantearse la posibilidad de reconocer el “*derecho a la existencia*” como parte del derecho a la vida y, en un sentido técnico, como fundamento de la obligación del Estado de entregar a todos sus ciudadanos recursos mínimos para sobrevivir por medio del llamado “*Ingreso Básico Universal*”.

#### 4. Derecho a la vida y el derecho al consentimiento informado

Una nueva carta fundamental debiera abandonar el paternalismo moral con el que suele interpretarse el derecho a la vida (como un derecho-deber) y aceptar que puede ser compatible con una comprensión amplia de la autonomía moral. ¿El derecho a la vida incluye el derecho a disponer del propio cuerpo? Para responder a esto me parece útil recordar a John Stuart Mill que en su clásico ensayo “Sobre la Libertad” de 1859 sostuvo: “*El objeto de este ensayo es proclamar un principio muy sencillo encaminado a regir de modo absoluto la conducta de la sociedad en relación con el individuo en todo aquello que suponga imposición o control, bien se aplique la fuerza física en forma de penas legales, o la coacción moral de la opinión pública. Tal principio es el siguiente: el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección*”<sup>15</sup>.

Continúa Mill sosteniendo que “*la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir, razonar*

14 Kymlicka, Will, *Contemporary Political Philosophy, an Introduction*. (Gran Bretaña, Oxford University Press), 2002, pp. 495.

15 Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, (Madrid, Alianza Editorial), 1970, pp. 207-8.

*y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadirle produce un perjuicio a algún otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”<sup>16</sup>.*

En principio, siguiendo a Mill, las personas debiéramos ser libres para disponer de nuestra vida y también de nuestro cuerpo. Sin embargo, existen razones morales de peso para oponerse a esto último. Por ejemplo, para la protección de las personas de escasos recursos y con el fin de evitar el tráfico de órganos, la legislación dispone que el aprovechamiento de órganos, tejidos o partes del cuerpo sólo está permitido cuando es voluntario, a título gratuito y con fines estrictamente terapéuticos<sup>17</sup>.

Pero ¿puedo disponer de mi vida? Aunque las cortes suelen considerar que el derecho a la vida supone una obligación tanto para terceros como para el propio titular, se trata de un error. Desde ya, sabemos que tanto el auxilio al suicidio como la eutanasia activa directa están prohibidos en casi todos los países del mundo, y Chile no es la excepción. Con todo, la legislación nacional sí permite la eutanasia pasiva y activa cuando ella es indirecta<sup>18</sup> y ello nos lleva a la necesidad de analizar la institución del consentimiento informado, que supone la facultad de una persona para rechazar o suspender un tratamiento médico, aun cuando con ello peligre su vida.

Resulta fundamental, por ello, que una nueva Constitución aborde el derecho a la vida como lo que es, un derecho, y no como un deber del propio titular del derecho. Para comprender mejor eso sigamos la teoría analítica de Robert Alexy<sup>19</sup> quien identifica tres tipos de posiciones jurídicas o derechos: 1) derechos a algo; 2) libertades; y 3) competencias. Los derechos a algo se subdividen en derechos de defensa y derechos a acciones positivas. Desde esta perspectiva, una comprensión completa del derecho a la vida debiera incorporar también el derecho de prestación de aquello indispensable para mantener la vida.

En línea con las obligaciones positivas derivadas del derecho a la vida, una nueva Constitución debiera reconocer el derecho a la protección de la salud en tanto derecho universal, igualitario e integrado, y garantizar el acceso a un seguro universal de salud sin discriminación. El Estado debiera controlar el ejercicio de los servicios públicos y privados de salud, y regularlos por ley para garantizar prestaciones básicas uniformes de carácter universal con las garantías de acceso, oportunidad y calidad. Para ello, es necesario reponer la solidaridad en el financiamiento de la salud. Por cierto, las políticas públicas en salud deberán considerar un enfoque de género y promover acciones especiales para la atención de salud integral de las mujeres, niñas y adolescentes.

Siguiendo con Alexy, los derechos de defensa se subdividen en tres grupos. El primero está constituido por derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas acciones del titular del derecho; el segundo, por derecho a que el Estado no afecte determinadas situaciones del titular del derecho; y el tercer grupo, se compone por derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> Ley N.º 19.451, “Establece normas sobre trasplante y donación de órganos” (modificada por la Ley N.º 20.673).

<sup>18</sup> Zúñiga, Alejandra, “La nueva Ley de Derechos del Paciente: Cambiando el paradigma de la relación entre el paciente, el médico y el juez”, en *Anuario de Derecho Público 2013* (Santiago, Universidad Diego Portales), 2013.

<sup>19</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), 2007.

jurídicas del titular del derecho. Por su parte, los derechos de acciones positivas se subdividen en dos: aquellos cuyo objeto es una acción fáctica, y aquellos en que el objeto es una acción normativa<sup>20</sup>.

Respecto de las libertades –segundo grupo de derechos identificados por Alexy–, la libertad jurídica sólo existe si su objeto es una alternativa de acción (la posibilidad de hacer algo). Para esta *libertad negativa*, así denominada por el autor, se requiere sólo una omisión del Estado, es decir, una acción negativa. Para asegurar la libertad jurídica no es necesario ningún derecho a prestaciones, sino sólo un derecho de defensa.

La libertad jurídica puede estar “protegida” y “no protegida”. Esta última consiste simplemente en la permisión de hacer algo y en la permisión de omitirlo, y no incluye ningún aseguramiento a través de normas y derechos que la protejan. La libertad protegida, en cambio, está vinculada a un haz de derechos a algo y a normas objetivas que aseguren al titular del derecho fundamental la posibilidad de realizar las acciones permitidas. En este sentido, las libertades *ius* fundamentales son libertades protegidas. Finalmente, las competencias pueden ser designadas con expresiones como “autorización”, “facultad” o “capacidad jurídica”, entre otras<sup>21</sup>.

De este modo, el derecho a algo tiene como objeto la conducta de un tercero; nunca el derecho de un titular puede imponer deberes contra el mismo titular. Entonces, no existen los derechos-deberes pues los derechos fundamentales no pueden generar obligaciones para el titular. Por tanto, el derecho a la vida implica, primero, el deber del Estado de no matar arbitrariamente al titular (deber de respeto); y segundo, el deber de proteger el derecho (deber de garantía). El derecho a la vida no genera para el titular la obligación de no matarse o disponer de su vida<sup>22</sup>.

En este punto, vale la pena recordar cómo resuelve Laporta<sup>23</sup> la tensión entre el carácter irrenunciable o indisponible de los derechos humanos, sin caer en la caracterización de irrenunciables hasta para sus propios titulares. La forma de salir de este atolladero sería la siguiente: distinguir entre la titularidad de los derechos y su ejercicio. En general, entonces, la titularidad de los derechos humanos sería inalienable, pero su ejercicio podría ser voluntariamente limitado por el propio titular. Ejemplo: que la persona pueda disponer de su propia vida.

Con esta comprensión del derecho a la vida, una nueva Constitución debiera reconocer el derecho al consentimiento informado en un sentido amplio, esto es, como un derecho derivado del derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente en todo lo que dice relación con nuestro cuerpo y salud, vida y también muerte con dignidad. De este modo, el paciente adulto, mentalmente competente, debiera ver reconocido en la Constitución su derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia, así como a suspender un tratamiento médico o el soporte vital, sin más límites que los que impone el respeto a los derechos de los demás.

En este contexto, la nueva ley N.º 20.584 que “Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud”<sup>24</sup> incorpora instituciones que,

---

20 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), 2007. p. 189-192.

21 Ibid., pp. 220-226.

22 Figueroa, Rodolfo, *Privacidad* (Santiago, Ediciones UDP), 2014.

23 Laporta, Francisco. “El concepto y fundamento de los derechos humanos”, *Doxa*, 1987, p. 44.

24 Publicada en el Diario Oficial el 24 de abril de 2012.

bien comprendidas, afectan el corazón de la concepción clásica del derecho a la vida<sup>25</sup>. Para la legislación internacional el derecho al consentimiento informado funciona, al menos, como: a) Requisito previo a toda intervención médica; b) Parte del derecho a negarse o a detener una intervención médica. Las implicaciones de negarse a recibir o detener tal intervención deben ser cuidadosamente explicadas al paciente. Cuando este sea incapaz de expresar su voluntad y se necesite urgentemente llevar a cabo una intervención, se puede presumir su consentimiento, a menos que resulte obvio, por una declaración de voluntades anticipadas, que en dicha situación el consentimiento sería denegado<sup>26</sup>.

La ley de derechos y deberes del paciente reconoce en su artículo 14 el derecho al consentimiento informado con el siguiente tenor: *“Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar<sup>27</sup> su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16. Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10. En ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio”*.

A su turno, el artículo 15 señala: *“No se requerirá la manifestación de voluntad en las siguientes situaciones: a) En el caso de que la falta de aplicación de los procedimientos, tratamientos o intervenciones señalados en el artículo anterior supongan un riesgo para la salud pública, de conformidad con lo dispuesto en la ley, debiendo dejarse constancia de ello en la ficha clínica de la persona; b) En aquellos casos en que la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre, según corresponda; c) Cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. En estos casos se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida”*.

Como se puede apreciar, la persona que pueda manifestar su voluntad podrá ejercer su derecho al consentimiento informado que le permite negarse a iniciar un tratamiento médico o suspender uno ya iniciado, aun cuando de ello pueda derivar su muerte<sup>28</sup>. Dicho de otra manera, salvo que la persona esté incapacitada para expresar voluntad, tanto médicos como tribunales deberían respetar siempre su decisión, aun cuando ello signifique su muerte. Una nueva comprensión del derecho a la vida debe admitir que ya no será posible obligar a las personas a someterse a tratamientos médicos “para salvarles la vida”. Si admitimos con Alexy que no existen derechos-deberes y que el derecho a la vida sólo se dirige hacia terceros, entonces la protección del derecho a la vida no puede pretender forzar a determinadas personas a someterse a procedimientos médicos, como ha sido la tónica en nuestro país en los casos de Testigos de Jehová y de las personas que realizan huelgas de hambre.

25 Zúñiga, Alejandra, Op. Cit.

26 Organización Mundial de la Salud (Oficina Regional para Europa), Declaración para la promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa. Consulta europea sobre los Derechos de los Pacientes, Amsterdam, 28-30 de marzo de 1994.

27 El subrayado es nuestro.

28 Sobre las distinciones doctrinarias entre eutanasia activa, pasiva, directa o indirecta, véase Zúñiga, Alejandra, “Derechos del paciente y eutanasia en Chile”, *Revista de derecho*, Vol. XXI, N.º 2, Valdivia, 2008.

Finalmente, aunque la reforma del año 2001 reemplazó la pena de muerte por la de presidio perpetuo para todos los delitos civiles que la contemplaban como posible, y la mantuvo para ciertos delitos militares. Con todo, por aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Chile se encuentra impedido de reestablecer la pena de muerte pues el tratado dispone en el artículo 4.3 que: “No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”<sup>29</sup>. Sin embargo, algunos han sostenido que la pena de muerte no está estrictamente abolida en Chile, por lo que esta disposición no sería aplicable. La respuesta a esto es bastante sencilla y viene de la mano del principio de no regresividad de los derechos, criterio de interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

## Conclusión

El derecho a la vida es y será uno de los derechos que mayores cambios interpretativos tiene en todas las Constituciones occidentales del mundo pues los temas que le son asociados, relacionados con el aborto, la eutanasia, la tortura y, como no, el derecho a la protección de la salud, suelen tener una evolución constante que el intérprete constitucional debe tener en cuenta si no quiere que la carta fundamental pase a ser un documento carente de relevancia social.

En ese contexto, los recientes cambios que tanto la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, como la legislación nacional han incorporado en Chile, hacen imprescindible considerar ampliar la estrecha y fuertemente paternalista concepción que jueces y profesores poseen de este importante derecho. La aprobación de una ley que despenalice el aborto será otro desafío que el derecho constitucional deberá ser capaz de enfrentar considerando la importancia de una interpretación como la que se ha sugerido en este artículo.

## Bibliografía

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007.
- Bascuñán Rodríguez, Antonio. “La píldora del día después ante la jurisprudencia”. *Revista Estudios Públicos*, N.º 95, Santiago, 2004.
- Comité contra la Tortura de Naciones Unidas. *Observaciones finales al informe de Nicaragua*. Ginebra, junio de 2009.
- Figueroa, Rodolfo. *Privacidad*. Ediciones UDP, Santiago, 2014.
- Human Rights Watch. “Por sobre sus cadáveres. Denegación de acceso a la atención obstétrica de emergencia y el aborto terapéutico en Nicaragua”. *Serie Reporte*, Vol. 19, N.º 2, Washington, 2010.
- Kymlicka, Will, *Contemporary Political Philosophy, an Introduction*. Oxford University Press, 2002.
- Laporta, Francisco. “El concepto y fundamento de los derechos humanos”, *Doxa*, 4, 1987.
- Organización Mundial de la Salud. *Declaración para la promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa. Consulta europea sobre los Derechos de los Pacientes*, Ámsterdam, 1994.

---

29 El inciso tercero del artículo 19 N.º 1 de la Constitución dispone que “La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado”.



Ruiz Miguel, A. y Zúñiga Fajuri, 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*, Vol. 12, N.º 1, Santiago, 2014.

Zúñiga Fajuri, Alejandra. “De los derechos humanos al derecho al aborto”, *Doxa*, 36. 2013.

Zúñiga Fajuri, Alejandra. “Eutanasia y derechos del paciente ¿Hacia donde dirigirnos?”. En Clérico, L.; Ronconi, L.; Aldao, M.; *Tratado de Derecho a la Salud*. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 2013.

Zúñiga Fajuri, Alejandra. “Derechos del paciente y eutanasia en Chile”. *Revista de derecho*, Vol. XXI, N.º 2, Valdivia, 2008.

Zúñiga Fajuri, Alejandra. “La nueva Ley de Derechos del Paciente: Cambiando el paradigma de la relación entre el paciente, el médico y el juez”. *Anuario de Derecho Público 2013*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2013.

### *Jurisprudencia citada*

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2012.



# 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.

# El derecho a la vida en cambios constitucionales vecinos: aprendizajes para una nueva constitución en Chile

---

Gloria Maira Vargas\*

## RESUMEN

En la perspectiva de una nueva constitución para Chile, el artículo revisa los procesos de cambio constitucional en Argentina, Colombia y Bolivia desde lo acontecido con el derecho a la vida. La mirada incluye lo propuesto por los movimientos de mujeres y feministas y las disposiciones finalmente adoptadas, así como los fallos a posteriori de sus cortes constitucionales respecto del derecho a la vida y el aborto y las sintonías con la opinión ciudadana. Con este acervo, examina el derecho a la vida en el fallo del tribunal constitucional chileno sobre la despenalización del embarazo en tres causales, en las encuestas de opinión y en la etapa participativa del proceso constituyente. La revisión muestra al país formando parte de la tendencia regional de estados mayormente garantes de los derechos de las mujeres y esto debiera ser un fundamento del derecho a la vida en la nueva Constitución de Chile.

## Introducción

Después de 28 años de penalización total del aborto, Chile adopta una legislación que abre el candado de este nefasto legado de la dictadura a las mujeres. El pasado 14 de septiembre de 2017, la presidenta Michelle Bachelet promulgó la ley de interrupción voluntaria del embarazo en tres causales: riesgo vital, inviabilidad fetal letal y violación. El país se pone al día con las recomendaciones formuladas y reiteradas durante más de 15 años por los órganos que vigilan el cumplimiento de los tratados de derechos humanos.<sup>1</sup>

---

\* Feminista, economista, con maestría en ciencias sociales y género en FLACSO Ecuador. Se desempeñó como Subsecretaria del Servicio Nacional de la Mujer (hoy Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género) de marzo 2014 a diciembre de 2015.

1 Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile, 65.º período de sesiones, 30 de marzo de 1999, CCPR/C/79/Add.104, párrafo 15; Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Chile, 33.º período de sesiones, 1.º de diciembre de 2004, E/C.12/1/Add.105, párrafo 52; Observaciones finales del Comité de Derechos del Niño Chile, 44.º período de sesiones, 23 de Abril de 2007, CRC/C/CHL/CO/3, párrafo 56; Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile, 36.º período de sesiones, 25 de agosto de 2006, CEDAW/C/CHI/CO/4, párrafos 19 y 20 y en su 53.º período de sesiones, 12 de noviembre de 2012, CEDAW/c/CHL/CO/5-6, párrafos 34 y 35; Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la

El reconocimiento de la autonomía reproductiva en tres causales es estrecho frente a la realidad del aborto en Chile y a las múltiples razones que tienen las mujeres para interrumpir una gestación. Según estima el Ministerio de Salud, la prestación se otorgará a alrededor de 2.500 mujeres<sup>2</sup>; las otras, la gran mayoría, seguirán abortando en la clandestinidad, bajo el sino de la criminalización y el estigma<sup>3</sup>. Estamos aún lejos de un cabal reconocimiento de la autonomía reproductiva vigente en otras legislaciones nacionales, al menos para el primer trimestre del embarazo<sup>4</sup>. Mas bien, las tres causales aprobadas representan un imperativo ético elemental que Chile debía asegurar a las mujeres y niñas.<sup>5</sup>

En este largo camino al hito de la aprobación de las tres causales, en torno al derecho a la vida se concentraron parte importante de los debates tanto en el Congreso Nacional y en Tribunal Constitucional como en los medios de comunicación y en los más diversos y cotidianos espacios de habla y conversación de las personas. La tramitación del proyecto de ley abrió una discusión inédita sobre el aborto en la historia reciente del país que involucró a la ciudadanía en general, organizaciones feministas, de mujeres, de derechos humanos, sindicales y gremiales, iglesias, universidades, partidos políticos y poderes del Estado. Expresado de otra manera, el artículo 19 inciso primero de la Constitución fue revisado e interpretado tanto desde sentires, creencias y percepciones individuales y colectivas como de argumentadas aproximaciones desde la ética y la moral, la ciencia médica y la salud, la política y la democracia, el derecho y los derechos humanos.

Los tiempos coinciden con la apertura de un proceso que debería llevar a Chile a formular y adoptar una nueva Constitución. En la definición de sus contenidos se redita la disputa sobre los alcances del derecho a la vida, y de manera consustancial, del reconocimiento de la autonomía reproductiva de las mujeres. De hecho, en el tramo participativo del cronograma constituyente ejecutado por el gobierno durante el año 2016, el derecho a la vida quedó instalado entre los derechos más referidos por quienes participaron en los debates.<sup>6</sup> Las interpretaciones al derecho que allí se dieron son examinadas más adelante en este artículo.

En las últimas décadas, varios países de la región adoptaron nuevas constituciones y, en todos ellos, el derecho a la vida formó parte de los debates constitucionales. El movimiento feminista fue agencia de los cambios introducidos en favor de la dignidad de las mujeres y el respeto a su autonomía

---

Tortura: Chile, 14 de junio de 2004, CAT/C/CR/32/5, párr. 6, j).

2 Presentación del Ejecutivo marzo 2015, Proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. En [http://web.minsal.cl/sites/default/files/Presentacion\\_EJECUTIVO.pdf](http://web.minsal.cl/sites/default/files/Presentacion_EJECUTIVO.pdf)

3 Para 1960 se estimaba en 117.947 el número de abortos inducidos (Monreal, 1993) y en 160.000 en los años noventa (The Alan Guttmacher Institute, 1994). En la primera década de los años 2000, el rango fluctuaba entre 60.000 (Díaz y Schiappacasse, 2009) y 122.000 (Shepard y Casas, 2007). Las últimas estimaciones disponibles refieren entre 60.000 a 70.000 abortos al año (Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, 2013).

4 Entre otros, Noruega, Estados Unidos, Sudáfrica y México DF, permiten el aborto sin restricciones en el primer trimestre de gestación. En IPPF, *Aborto legal, regulaciones sanitarias comparadas*, IPPF/RHO, Uruguay, 2008.

5 Mesa Acción por el Aborto en Chile, *Aborto: respeto a la dignidad y a la decisión de las mujeres*, declaración pública del 20 de enero de 2016.

6 El cronograma del proceso constituyente impulsado por el gobierno consta de varias etapas: educación cívica y constitucional (hasta marzo de 2016); diálogos ciudadanos (hasta agosto 2016); proyecto de una nueva constitución (2017); y reforma constitucional para una nueva constitución (proyecto de ley en 2016), que habilitará al parlamento elegido para el período 2018-2022 definir el mecanismo por el cual se arribará a un texto constitucional, el que será aprobado por la ciudadanía a través de un plebiscito. Los diálogos ciudadanos consideraron encuentros locales y cabildos provinciales y regionales, así como una consulta ciudadana a través de un formulario individual a ser diligenciado vía web. Ver: <https://www.unaconstitucionparachile.cl/>



en esas cartas fundamentales. Durante 2015 y 2016, Corporación Humanas sistematizó los cambios constitucionales en algunos países de América Latina, África y Asia desde la perspectiva de los derechos humanos de las mujeres.<sup>7</sup> Tuve la oportunidad de participar en ese esfuerzo investigando lo sucedido con los derechos sexuales y reproductivos en Colombia (1991), Argentina (1994), Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008), y Bolivia (2009). En estos países se constatan avances en el reconocimiento de estos derechos y en tres de ellos -Colombia, Argentina y Bolivia-, las disposiciones incorporadas permitieron a posteriori reformas a los códigos penales que despenalizaron el aborto en circunstancias específicas o eliminaron restricciones de acceso a causales ya eximidas.

En Ecuador y Venezuela, por razones de distinta índole, no se han producido reformas legislativas a favor de la despenalización. En el primero, pese a la amplitud de derechos sexuales y reproductivos reconocidos en la Constitución, la legislación sobre aborto mantiene dos eximentes a su práctica: para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y ese peligro no puede ser evitado por otros medios; y cuando el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental (art. 150 Código Orgánico Integral Penal). En la reforma que dio lugar a un nuevo código penal en 2014, la Asamblea Legislativa mantuvo este límite en casos de violación<sup>8</sup>, a pesar de que las organizaciones feministas sustentaron sobre la base de las garantías constitucionales y de los pactos y convenios de derechos humanos ratificados, que debía ser un derecho para todas las mujeres que se encontraran en esa circunstancia. El presidente Rafael Correa amenazó con renunciar a su cargo si una norma de este estilo se aprobaba, y las asambleístas de Alianza País que la propusieron fueron sancionadas a 30 días de silencio.<sup>9</sup> Los desencuentros entre los feminismos y la izquierda, y en este contexto, el conservadurismo de izquierda, no son nuevos en la historia política de los países llamados centrales y en la de nuestro propio continente<sup>10</sup>. Como señaló el Movimiento Feminista y de Mujeres del Ecuador, el código penal aprobado se ajusta a los credos personales del presidente Correa<sup>11</sup>.

Por su parte, en Venezuela, desde la adopción de una nueva constitución en 1999 no se reportan a la fecha decisiones legislativas que modifiquen la disposición que solo exime de penalización el aborto practicado por un médico/a “*como medio indispensable para salvar la vida de la parturienta*” (art. 435, Código Penal). Desde 2004 está abierto un proceso de reforma al código penal que aún no concluye. En los distintos momentos en que el debate se ha retomado en estos años, las feministas han demandado al estado venezolano la despenalización del aborto hasta las 12 semanas, y hasta la semana 20 en caso de violación y riesgo de vida de la madre<sup>12</sup>, sobre la base de las disposiciones de derechos sexuales y

7 Corporación Humanas, *Cambios constitucionales y derechos humanos de las mujeres: por un proceso constituyente inclusivo, participativo y paritario*, (Corporación Humanas: Santiago), 2017.

8 La disposición anterior establecía la no punibilidad del aborto cuando el embarazo provenía de una violación o estupro “*cometido en una mujer idiota o demente*”.

9 Coalición nacional de mujeres para la elaboración del informe sombra de la CEDAW, *Informe sombra al Comité de la CEDAW*, Quito, noviembre 2014. La sanción fue impuesta sólo a las 3 asambleístas mujeres; los asambleístas que apoyaron la moción no fueron sancionados. El análisis de este evento escapa al foco de este artículo, lo que no obsta para indicar que se trata de un claro acto de violencia política de género, tal como lo señala el informe sombra que aquí se cita. [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/EQU/INT\\_CEDAW\\_NGO\\_ECU\\_18897\\_S.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/EQU/INT_CEDAW_NGO_ECU_18897_S.pdf)

10 Existe una amplia literatura sobre el tema. Entre otros textos ver Fraser, Nancy, *Fortunas del Feminismo*, (Ecuador: IAEN), 2015; Vargas, Virginia, *Feminismos en América Latina, su aporte a la política y la democracia* (Lima: UNMSM), 2008; Castillo, Alejandra. *Disensos feministas* (Santiago: Ed. Palinodia), 2016.

11 En: <http://www.colombiainforma.info/despenalizacion-del-aborto-un-debate-que-incomoda-a-los-gobiernos-progresistas-de-la-region/>

12 Red de colectivos feministas socialistas y de mujeres en Venezuela, *Contribución voluntaria al 2do ciclo de revisión del Examen Periódico*

reproductivos incorporadas la carta fundamental. La crisis política que atraviesa el país hace que el devenir del actual proceso de reforma sea aún incierto.

Teniendo en la mira el debate constitucional y las disputas de visión que se darán a “*la casa de todos*”, como llama la presidenta Bachelet a la nueva Constitución, en este artículo se revisa el derecho a la vida en las constituciones de Colombia, Argentina y Bolivia y las interpretaciones dadas por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema, según sea el caso, para ampliar el rango de reconocimiento del aborto legal para las mujeres. Estos resultados se contrastan con lo acontecido en Chile respecto de la tramitación del proyecto de ley 3 causales, el debate público expresado en el proceso constituyente de 2016 y el fallo del Tribunal Constitucional. Esta revisión busca aportar insumos para una constitución que reconozca los derechos sexuales y reproductivos de las personas, entre estos el aborto, y fortalecer el creciente sentido común que da legitimidad a la autonomía reproductiva de las mujeres.

## 1. Derecho a la vida en las constituciones de Colombia, Argentina y Bolivia

A modo informativo señalar que en estos países el cambio constitucional se produjo vía asamblea constituyente. El número de mujeres asambleístas dependió en mucho de la aplicación de medidas afirmativas (cuotas) en la conformación de las listas de candidaturas: en Colombia no existieron, y solo fueron elegidas 4 mujeres (5,4% del total). En Argentina y Bolivia, donde se aplicaron, ellas ocuparon un tercio de los escaños.<sup>13</sup>

El movimiento de mujeres y feministas, así como los movimientos sociales en general, actuaron en los escenarios constituyentes. Las propuestas de las mujeres a las nuevas constituciones tuvieron grados importantes de acuerdo, logrados en procesos de movilización que buscaron ser amplios e incluyentes. En los tres países, los derechos sexuales y reproductivos formaron parte de los enunciados que las feministas y organizaciones de la diversidad (disidencia)<sup>14</sup> sexual demandaron fueran incorporados al texto constitucional.

Se examinan a continuación los procesos en Argentina, Colombia y Bolivia. La revisión da cuenta de las propuestas feministas y las disposiciones finalmente adoptadas respecto del derecho a la vida y otras que le incumben. Agrega la interpretación constitucional que les han dado sus cortes, aclarando o modificando con ello la norma penal sobre el aborto no punible.

---

*Universal de la República Bolivariana de Venezuela*, 2016. En: [https://encuentrofeminista.weebly.com/uploads/4/0/9/9/4099603/informe\\_epu\\_araña\\_feminista\\_febrero\\_2016.pdf](https://encuentrofeminista.weebly.com/uploads/4/0/9/9/4099603/informe_epu_araña_feminista_febrero_2016.pdf)

13 En Argentina 26,2%, en Ecuador 35% y en Bolivia 33,7%. Corporación Humanas, *Cambios constitucionales y derechos humanos de las mujeres*, Op. Cit.

14 La noción de disidencia sexual resulta de una revisión crítica del concepto diversidad sexual, “*pretendiendo aludir a todos los actores, organismos civiles e incluso movimientos relacionados con cualquier actividad, preferencia, identidad u orientación sexo-genérica distinta a la establecida por la norma heterosexual.*” Salinas, Héctor, *Políticas de disidencia sexual en México* (México: CONAPRED), 2008. <https://es.scribd.com/doc/100546429/Políticas-de-disidencia-sexual-en-México>

## 1.1 Argentina

En abril de 1994, por votación popular, se elige la Convención Nacional Constituyente compuesta por 305 convencionalistas, entre estos, 80 mujeres. En agosto de ese mismo año fue aprobada la nueva constitución.

En la Convención, la estrategia del movimiento de mujeres y feminista para ampliar el catálogo de derechos humanos de las mujeres se centró en lograr que los tratados de derechos humanos tuvieran rango constitucional, e incluir entre estos la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación a la Mujer (CEDAW).<sup>15</sup> De acuerdo con sus protagonistas, “*el movimiento de mujeres fue un sujeto decisivo en la inclusión de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la inclusión de acciones afirmativas y garantizar el derecho a decidir de más mujeres frente a la embestida de los sectores clericales*”<sup>16</sup>. En la Constitución, el derecho a la vida se incorpora a través de los tratados de derechos humanos ratificados por el país, entre estos el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, que “*tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*” (art. 75 inciso 22).<sup>17</sup> Los principios de igualdad y no discriminación se consagran en el art. 16 (“*La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales antes la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas*”) y en los tratados internacionales incorporados a la Constitución.

Desde 1922, en Argentina el aborto practicado por un médico no es punible: “*1.º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2.º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.*” (art. 84 del Código Penal). A pesar de ello, no hay registros que indiquen si alguna mujer accedió a la interrupción de un embarazo bajo estas indicaciones durante el siglo pasado. Según Bergallo, no existen datos “*sobre las prácticas médicas en la intermediación del servicio de abortos no punibles si es que alguna vez se ofreció dicha prestación en los sub-sistemas de salud argentinos. No hay registro de experiencias puntuales de mujeres que hubieran accedido a las modalidades de abortos permitidos y no hay datos oficiales sistemáticos en los ámbitos nacional o provincial sobre abortos terapéuticos o los requeridos en casos de violación. Hasta el año 2007 tampoco existía constancia del diseño de políticas públicas o reglamentos para promover el acceso al modelo de indicaciones a través de las más de ocho décadas de su vigencia.*”<sup>18</sup> Para la

15 Monte, M. E. y Gavernet, L., La incorporación de los derechos sexuales y reproductivos en las Constituciones de Argentina, Venezuela, Ecuador y Bolivia. En J. M. Morán Faúndes y M. C. Sgró Ruata, *Sexualidades, desigualdades y derechos. Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos* (Córdoba: Ciencia, Derecho y Sociedad), 2012.

16 Lubertino, M. J., Nuevas constituciones para todos y todas, en CEPAL, *Reformas constitucionales y equidad de género. Seminario internacional* (Santa Cruz de la Sierra: CEPAL), 2005, p. 91.

17 Los tratados incorporados son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

18 Bergallo, Paola, La liberalización del aborto: contextos, modelos regulatorios y argumentos para su debate. En P. Bergallo (comp.), *Aborto y justicia reproductiva* (Buenos Aires: Editores del Puerto), 2011, pg. 15.

autora, la situación descrita responde, entre otros factores, a la interpretación restrictiva de las causales y a la ausencia de reglamentación de las condiciones para acceder a la prestación de servicios de salud que corresponden.

Las organizaciones feministas han demandado al Estado tanto la implementación del acceso al aborto legal como su despenalización en el embarazo temprano. A los efectos de este artículo, destacar dos acciones de litigio estratégico particularmente exitosas: en 2011, el Comité de Derechos Humanos dictaminó, en el caso de LMR contra Argentina, que hubo violación de los artículos 7, 17 y 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y estableció la obligación del Estado de reparar a la joven y de adoptar medidas para evitar violaciones similares en el futuro.<sup>19</sup> En su análisis de la resolución, CLADEM destaca que por primera vez, *“el Comité de Derechos Humanos considera que la negativa al acceso al aborto legal es violatoria del derecho a la igualdad entre varones y mujeres. En ese sentido, este dictamen puede considerarse jurisprudencia de avanzada.”*<sup>20</sup> No menos importante es que, en opinión del Comité, la no garantía de acceso al aborto puede constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante y que la obstrucción a procedimientos médicos legales y electivos puede violar disposiciones del Pacto.

El año siguiente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en su sentencia del caso FAL<sup>21</sup> concluyó que toda mujer víctima de una violación, independiente de su capacidad intelectual, puede acceder al aborto legal y que no requiere autorización judicial, *“ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible”* (considerando 21). Para llegar a este dictamen, la Corte revisó la discusión que suscitó el derecho a la vida en la Convención Constituyente de 1994, lo expresado por los comités de los tratados de derechos humanos que tienen rango constitucional en el país y su propia jurisprudencia. Respecto de la Constituyente, la CSJN en el fallo recuerda que, si bien se generó un amplio debate sobre el derecho a la vida, *“lo cierto es que en ninguna oportunidad quedó plasmada una voluntad que pretendiera ni definir la cuestión relativa al aborto ni limitar el alcance del artículo 86, inciso 2.º, del Código Penal al supuesto de la víctima violada idiota o demente”* (considerando 9). Desde la perspectiva de los derechos humanos, la Corte razona que, de las previsiones establecidas en la Declaración y la Convención Americana (art 1 y art. 4, respectivamente), *“no se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del artículo 86 inciso 2.º del Código Penal. Ello por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos”* (considerando 10). Este razonamiento es coherente con la posición general del Comité de Derechos Humanos y el Comité de los Derechos del Niño, entre otros, de que el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación debe permitirse (considerando 12 y 13). Puntualiza la CSJN que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación conducen a adoptar la interpretación

19 LMR tenía 19 años y una edad mental de entre 8 y 10 años cuando, en el año 2006, quedó embarazada como consecuencia de los abusos sexuales de un tío. Aun cuando su situación constituye causal de aborto no punible, por las trabas puestas en los tribunales de justicia, LMR tuvo que recurrir a un procedimiento clandestino. El caso fue presentado al Comité de Derechos Humanos por CLADEM (Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer), INSGENAR (Instituto de Género, Derecho y Desarrollo) y CDD (Católicas por el Derecho a Decidir). El dictamen del Comité en: <http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/ssr/lmr-dictamen-comit-ddhh.pdf>

20 CLADEM, Caso LMR c. Argentina, en *Boletín del programa de litigio estratégico*, N.º 2, año 1, agosto 2001, pg. 11.

21 En 2009, AG fue violada a los 15 años por la pareja de su madre, acto que resultó en un embarazo. El caso termina en la Corte Suprema de Justicia de la Nación luego de haber transitado por la justicia penal y la de familia, y haber merecido opinión de la Defensora General de la Nación y del Procurador Fiscal de la Nación. La Corte emitió sentencia el 3 de marzo de 2012. “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, F. 259. XLVI. file:///C:/Users/usuario/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge\_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/Sentencia.pdf

amplia de esta norma, pues, “reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida (Fallos: 332:433 y sus citas).” (considerando 15).

Los análisis indican que el fallo FAL provoca un cambio tanto en el acceso al aborto no punible como en la garantía de los derechos constitucionales de las mujeres incorporados en la Constitución de 1994. Gebruers y Gherardi, en una investigación sobre lo que ha sucedido luego de la sentencia afirman que “la decisión de la CSJN marcó un punto de inflexión en la interpretación correcta de las causales del aborto legal en Argentina, al leerlas a la luz de la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos”.<sup>22</sup>

## 1.2 Colombia

En las elecciones presidenciales de mayo de 1990, por disposición del presidente Virgilio Barco, se consultó al pueblo colombiano sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constitucional. Votaron a favor más del 85% de las y los electores. La Asamblea, elegida en diciembre de ese mismo año, quedó compuesta por 72 asambleístas –entre estos solo 4 mujeres– y 4 constituyentes con voz, pero sin voto, en representación de fuerzas guerrilleras desmovilizadas: el M-19, el Ejército Popular de Liberación EPL y el Movimiento Armado Quintín Lame.<sup>23</sup>

En la formulación de una nueva constitución, las feministas y mujeres movilizadas presentaron, entre otras, la Propuesta de las Mujeres por la Constituyente ante el Congreso Nacional Pre Constituyente (julio 1990) y la Propuesta del Cabildo Nacional de Mujeres a la Asamblea Nacional Constituyente (mayo 1991).<sup>24</sup> En materia de derechos sexuales y reproductivos se demandó el reconocimiento de la reproducción humana como un derecho y una responsabilidad, y el derecho de la mujer de decidir libremente sobre la maternidad o libre opción a la maternidad: “La regulación humana es un derecho y responsabilidad de quienes lo eligen y gozará de especial protección del Estado. Ningún proceso de fertilidad humana organizado en los avances tecnológicos y científicos podrá vulnerar los principios universales de igualdad, respeto y libre determinación de las personas. Las mujeres y los hombres tienen derecho a decidir sobre la prole que están en condiciones de procrear, formar y mantener. El privilegio de la mujer a la opción libre de la maternidad, el Estado garantizará a las mujeres en estado de preñez el derecho al trabajo, lo mismo que la extensión y seguridad social integrales. Se prohíben los despidos del empleo por razones de preñez”.<sup>25</sup> Luego de un dificultoso trámite, la propuesta fue rechazada por la Asamblea.

22 Gebruers, C. y Gherardi, N. *El aborto legal en Argentina: la justicia después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso “F.A.L.”*. En Red de Acceso al Aborto Seguro REDAAS, Serie Documentos REDAAS, N.º 2, 2015. Disponible en: <http://www.redaas.org.ar/>

23 El cambio constitucional se venía gestando ya desde gobiernos anteriores, y se concreta durante el gobierno de Virgilio Barco. Forman parte del camino hechos como la “séptima papeleta” impulsada por estudiantes y varios movimientos sociales, así como el asesinato de Galán y la desmovilización de varios grupos guerrilleros, entre estos el M-19 que había incorporado en los acuerdos con el gobierno la convocatoria a una asamblea constituyente. Ver: Rampf, David y Chavarro, Diana, *La Asamblea Nacional Constituyente de Colombia de 1991, De la exclusión a la inclusión o ¿un esfuerzo en vano?*, en *Inclusive Political Settlements Artículo 1*, (Berlín: Berghof Foundation), 2014.

24 Quintero, B., *Las Mujeres Colombianas y la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, Participación e Impactos*, CEPAL, *Reformas Constitucionales y Equidad de Género. Seminario internacional*, (Santa Cruz de la Sierra: CEPAL), 2005. La autora la constitución de una Mesa de Trabajo de Mujeres que construyó la propuesta para elevar a nivel constitucional el principio de derechos humanos consagrado en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación a la Mujer, CEDAW.

25 Quintero, B., *Las Mujeres Colombianas y la Asamblea Nacional Constituyente de 1991*, Op. Cit., pg. 276.

La Constitución adoptada en julio de 1991 establece que el derecho a la vida es inviolable (art. 11); que todas las personas nacen libres e iguales y *“recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”* (art. 13); específicamente, consagra la abolición de toda forma de discriminación laboral, legal, sexual a la mujer (art. 43). Al mismo tiempo, la nueva Constitución establece que *“los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”* (art. 93).

Hasta el año 2006, Colombia formaba parte del grupo de países de la región que criminalizaba el aborto en toda circunstancia, a pesar de que desde los años ochenta el movimiento feminista venía demandando su despenalización. En la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, a comienzos de los años 2000, se debate la posibilidad de despenalizar el aborto por vía constitucional, estrategia que se concreta en 2005. Ese año, el proyecto LAICIA –Litigio de Alto Impacto en Colombia por la Inconstitucionalidad del Aborto– presenta una demanda contra la tipificación del aborto como un delito contra la vida y la integridad personal, y la criminalización del aborto sin excepción alguna.<sup>26</sup> Sobre la base de argumentos que desde el derecho internacional de los derechos humanos justifican la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en ciertas circunstancias, se sostuvo que el Código Penal violaba los derechos constitucionales a: la dignidad (art. 1), la vida (art. 11), la integridad personal (art. 12), la igualdad y la libertad (art. 13), al libre desarrollo de la personalidad (art. 16), la autonomía reproductiva (art. 42), la salud (art. 49) y las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos (art. 93).<sup>27</sup>

En su fallo, la Corte Constitucional estableció que *“no se incurre en el delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.”*<sup>28</sup>

Para llegar a esta resolución la Corte examinó los tratamientos normativos que el ordenamiento constitucional da a la vida, y distinguió *“el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición”*. Aclaró que *“la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad*

26 Barraza, Cecilia y Gómez, Claudia, *Un derecho para las mujeres. La despenalización parcial del aborto en Colombia* (Bogotá, Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres), 2009.

27 Women's Link Worldwide, *La liberalización del aborto en Colombia*, en despenalización.org.ar por la despenalización del aborto, N.º 02, mayo 2007. En: [http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/hojas\\_informativas/02\\_womenslinkworldwide.pdf](http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/hojas_informativas/02_womenslinkworldwide.pdf)

28 Sentencia C- 355, 2006.

que a la persona humana.” Para la Corte, la protección constitucional a la vida no es absoluta y debe ponderarse con los otros valores, principios y derechos constitucionales.<sup>29</sup>

Mónica Roa –litigante de LAICIA– destaca el hecho que la Corte Constitucional incorporó en su fallo recomendaciones y jurisprudencia desarrollada en los comités de monitoreo de Naciones Unidas. En sus palabras, “*esta fue la primera vez que se usaron argumentos de derecho internacional de los derechos humanos para defender la inconstitucionalidad de las leyes que penalizaban totalmente el aborto.*”<sup>30</sup>

### 1.3 Bolivia

En 2004 se modifica la Constitución para habilitar la posibilidad de reforma constitucional, y en 2006 es elegida una asamblea constituyente compuesta por 225 asambleístas. Las mujeres constituyentes fueron 88 y una de ellas, Silvia Lazarte, la presidió. Según la Cepal, “*las mujeres organizadas que presentan demandas de derechos supieron aprovechar un momento histórico e instalar y viabilizar sus reivindicaciones, mientras que el partido de gobierno supo aprovechar la demanda de representación política de las mujeres, para que mujeres incondicionales a su línea política accedieran a la Asamblea Constituyente, incrementando su participación*”<sup>31</sup>.

Las mujeres y feministas movilizadas –se mencionan entre otras la Federación Bartolina Sisa, Mujeres presentes en la Historia y la Coordinadora de la Mujer– acordaron propuestas para todos los asuntos debatidos en la Asamblea Constituyente. En el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos plantearon: “*El ejercicio de la autonomía y libertad de las decisiones de las mujeres sobre su propio cuerpo, su reproducción, el número de hijos e hijas que quiere tener y su frecuencia*”, así como “*el derecho a tener identidad propia y gozar de autonomía y autodeterminación en todas las esferas de la vida: emocional, sexual, familiar, educativa, reproductiva, laboral, económica, política o cualquier otra.*”<sup>32</sup>

La carta fundamental boliviana adoptada en 2009 reconoce que toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual (art. 15). Establece que la dignidad y la libertad de la persona son inviolables y que es deber del Estado respetarlas y protegerlas (art. 22), y “*prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona*” (art. 14 II). En el ámbito de los Derechos de las Familias garantiza a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos

---

29 Ibid.

30 Roa, Mónica, *La interpretación última del derecho a la vida desde la concepción en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, un diálogo de 360 grados con importantes implicaciones para la garantía de los derechos reproductivos en la región*, en Saiz, Solano y Roa (ed.), *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Valencia: Tirant lo Blanch), 2017.

31 CEPAL, *La política de paridad y alternancia de género en los órganos de elección del Estado Plurinacional de Bolivia y en las instancias políticas intermedias: un avance en la garantía de la autonomía en la toma de decisiones de las mujeres*, 2013, pg. 8. Disponible en: [https://oig.cepal.org/sites/default/files/politica\\_de\\_paridad\\_y\\_alternancia\\_en\\_bolivia.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/politica_de_paridad_y_alternancia_en_bolivia.pdf)

32 Monte, M. E y Gavernet, L., *La incorporación de los derechos sexuales y reproductivos en las Constituciones de Argentina, Venezuela, Ecuador y Bolivia*, Op. Cit., pg. 173.

reproductivos (art. 66). La Constitución indica que los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional prevalecen en el orden interno y que los derechos y deberes consagrados se interpretarán de conformidad con estos (art. 13 IV).

El Código Penal boliviano contempla dos circunstancias de aborto no punible: cuando es consecuencia de violación, rapto no seguido de matrimonio, estupro o incesto, *“siempre que la acción penal hubiere sido iniciada”*; y, *“cuando ha sido practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no podía ser evitado por otros medios. En ambos casos, el aborto deberá ser practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer y autorización judicial en su caso”* (art. 266). A pesar de la vigencia de más de 4 décadas de esta norma de aborto no punible, al igual que en Argentina, muy pocas mujeres accedieron a la prestación en todos esos años.<sup>33</sup>

En el año 2012, Patricia Mancilla, diputada indígena, presentó una acción de inconstitucionalidad de varios artículos del código penal que discriminan a las mujeres, entre estos, los relativos al aborto consentido (art. 263) y a requerimientos específicos al aborto impune (art. 266). Sobre el primero, *“dicha norma establece una presunción dolosa en la realización del aborto, sancionando a la mujer que en pleno ejercicio de sus derechos reproductivos, consagrados por el art. 66 de la CPE, decide realizar la interrupción voluntaria de su embarazo en condiciones de seguridad y antes de las doce semanas de embarazo”*. Respecto del aborto no punible, alegó la inconstitucionalidad de la necesidad que la acción penal haya sido iniciada, pues basta con la denuncia de los delitos mencionados en el inciso para que la persecución penal del Estado se active. Sobre la autorización judicial requerida en todas las circunstancias contenidas en el artículo 266, demandó que esta sea exigible solo en caso de incapacidad de la mujer y ausencia de representante legal o persona que tenga a cargo su cuidado.<sup>34</sup>

En su sentencia, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (TCPB) hizo notar que los tratados y convenios de derechos humanos ratificados por el país inspiran la interpretación de las normas que se someten a su revisión.<sup>35</sup> En este contexto, el Tribunal acoge en su fallo la jurisprudencia interamericana que indica que, tanto de la Declaración Americana como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no es posible interpretar que existe un derecho absoluto a la vida desde la concepción. Recuerda también esta corte que *“la Comisión de Derechos, Deberes y Garantías de la Asamblea Constituyente debatió dos propuestas referidas al tema, la que reconocía la vida desde la concepción y la que no especificaba el momento desde el cual se consideraría dicho derecho, propuesta que resultó incorporándose en la ley fundamental vigente.”*<sup>36</sup> Agrega que el art. 66 de la Constitución garantiza a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos, *“derechos que abren las puertas a los propósitos de autodeterminación sobre el propio cuerpo y que son fundamentales para el análisis de las problemáticas planteadas en la presente acción.”*<sup>37</sup>

33 Católicas por el Derecho a Decidir de Bolivia, Micaela, un documental sobre el aborto. Disponible en: <http://www.somossur.net/bolivia/politica/testimonios-de-movimientos-sociales/1266-micaela-un-documental-sobre-el-aborto.html>

34 Sentencia 0206/2014, Contenido de la acción.

35 Sauma, Gabriela, Delimitación del análisis de la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0206/2014, en Ipas Bolivia, *Memoria del seminario internacional “Alcances de la Sentencia Constitucional N.º 0206/2014, en el marco de los derechos sexuales y reproductivos”*, La Paz, Bolivia, 28 de mayo de 2014, 2014. <https://es.scribd.com/document/261068109/Memoria-Seminario-Internacional-Alcances-de-La-Sentencia-Constitucional-206-2014>

36 Sentencia 0206/2014, Op. Cit., III.8.7. El aborto como conducta tipificada penalmente.

37 Ibid., III.6. Derechos de las mujeres desde una visión de complementariedad y descolonización.



Respecto del aborto impune, el Tribunal declara inconstitucional las frases “*siempre que la acción penal hubiere sido iniciada*” y “*autorización judicial en su caso*” contenidas en el art. 266 del CP, pues “*constituyen disposiciones incompatibles con los derechos a la integridad física, psicológica y sexual, a no ser torturada, ni sufrir tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes, a la salud física y a la dignidad en sus componentes al libre desarrollo de la personalidad y autonomía de las mujeres, consagrados en los arts. 15, 18 y 22 de la CPE*”.<sup>38</sup> En concreto, en caso de violación, la sentencia establece que “*bastando la denuncia*”, la mujer puede acceder a servicios de aborto legal; y, cuando esté en riesgo la vida o la salud de la mujer, el diagnóstico del médico será suficiente para autorizar la interrupción legal del embarazo.

En relación al artículo 263, el Tribunal razona que “*la protección a la vida es gradual y se va incrementado desde la conjugación primaria del óvulo y espermatozoide denominado huevo o cigoto hasta el nacimiento... vale decir, que un feto goza de la protección que emana de la Constitución Política del Estado y las leyes aunque en menor proporción que la que se otorga a la persona nacida... sin embargo, en ciertas circunstancias su protección jurídica puede colisionar con el derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo conforme sostiene la accionante; empero, este Tribunal entiende que nuestra Constitución Política del Estado no cubre un supuesto derecho al aborto ni este puede instaurarse como un método de salud reproductiva*”. El Tribunal concluye que “*un aborto incondicional y en todas las etapas de desarrollo del embrión no es constitucionalmente admisible y que el generar una política de protección constitucional al derecho a la vida del embrión implantado es una causa suficiente para que el Órgano Legislativo pueda utilizar todo tipo de políticas públicas necesarias para su protección lo que alcanza de manera obligatoria al derecho penal en las fases más avanzadas del desarrollo del embrión aspecto que provoca la declaratoria de constitucionalidad del art. 263 del CP, en los términos expuestos precedentemente*.”<sup>39</sup>

La sentencia del Tribunal ha dado lugar a intensos debates en la sociedad boliviana. Pese a las limitaciones argumentativas que la sentencia tiene, para Gabriela Sauma, “*lo que realmente hace es despenalizar el aborto en las primeras fases de desarrollo del embrión*”, advirtiendo además que “*delega su regulación a la Asamblea Legislativa Plurinacional, exhortándola a crear normas para que, en el marco de la interpretación efectuada por la Sentencia Constitucional, coadyuven a resolver los abortos clandestinos; por lo tanto, la Asamblea Legislativa Plurinacional está obligada a sancionar una Ley que despenalice el aborto en las primeras semanas de desarrollo del embrión*”.<sup>40</sup>

Una posibilidad para esta despenalización acotada del aborto se abrió en 2016, a propósito de la reforma para la adopción de un Nuevo Código del Sistema Penal.<sup>41</sup> La Asamblea Legislativa aprobó la ampliación de las causales de aborto no punible –durante las primeras ocho semanas de gestación y por una única vez– a las siguientes circunstancias: la mujer tenga a su cargo personas adultas mayores, con discapacidad u otros menores, sea estudiante, la interrupción se realice para prevenir un riesgo presente o futuro para su vida o para su salud, se detecten malformaciones fetales incompatibles con la vida, el embarazo sea consecuencia de reproducción asistida no consentida por la mujer, de violación o incesto, la embarazada sea niña o adolescente.<sup>42</sup> El nuevo código fue aprobado en diciembre de 2017; sin embargo, en enero de 2018, el presidente Evo Morales lo derogó en su totalidad, incluidas

38 Ibid., III.8.8. Aborto impune.

39 Sentencia 0206/2014, Op. Cit., III.8.7. El aborto como conducta tipificada penalmente.

40 Sauma, Gabriela, Delimitación del análisis de la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0206/2014, Op. Cit., pgs. 32 y 33.

41 El proyecto de código del sistema penal disponible en: <https://es.scribd.com/document/343202896/Proyecto-de-Codigo-Del-Sistema-Penal-Bolivia>

42 Art. 153.V

las disposiciones relativas al aborto, arguyendo razones de estabilidad política del país.<sup>43</sup> El hecho, sin embargo, marca un hito histórico en la demandas por la despenalización total de aborto en ese país.<sup>44</sup>

#### 1.4 Tendencia regional sobre la interpretación del derecho a la vida

La revisión precedente muestra en Colombia, Argentina y Bolivia, un cambio en el signo de la acción del estado respecto del derecho al aborto a partir de las nuevas constituciones. En efecto, los derechos y garantías allí incorporadas junto con el rango otorgado a los tratados internacionales de derechos humanos han permitido reformas en la legislación para ampliar las causales de aborto no punible (Colombia) y/o dar acceso efectivo en las eximentes ya contempladas (Argentina y Bolivia). Es evidente también que estos avances son producto de la presión de los movimientos feministas y de mujeres, a la que se han sumado otros actores sociales y políticos.

Los tribunales constitucionales o la Corte Suprema de Justicia, según el caso, han interpretado el derecho a la vida de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH y los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos. Es posible advertir que este actuar público corresponde a una tendencia regional que tiene un hito particular de consolidación en el fallo del caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Allí, Corte IDH precisa la interpretación del art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a saber, *“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 su fallo el alto tribunal interamericano concluye que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos de la Convención Americana y que la protección del derecho a la vida no es absoluta, sino gradual e incremental según su desarrollo<sup>45</sup>. Aclara igualmente que el objeto directo de protección desde la concepción es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer<sup>46</sup>.

De acuerdo con Mónica Roa, la Corte fija una interpretación última del *derecho a la vida desde la concepción* asegurando la legitimidad de su decisión, *“en una interacción dialógica de 360 grados en la que toma en cuenta las más variadas posturas y argumentos, algunos para rebatirlos y otros para reforzarlos, pero todos para reconocerlos como parte del debate”*. En efecto, el tribunal hace una interpretación sistemática e histórica del art. 4.1 de la Convención Americana donde pondera tanto su propia jurisprudencia como los desarrollos de los sistemas interamericano, universal, europeo y africano de derechos humanos, entre otras fuentes. Roa concluye que *“esta interpretación implica un paso histórico hacia la garantía de los derechos reproductivos de las mujeres y niñas de la región, donde ya se consolida un estándar regional mínimo según el cual los estados deben asegurar el acceso a servicios de aborto terapéutico a las mujeres”*

43 El nuevo código incluía entre sus disposiciones la reelección indefinida del presidente de la república lo que dio lugar a protestas de varios sectores del país, entre otras, a una huelga de diputados opositores al gobierno. [http://la-razon.com/nacional/Codigo\\_Penal-Evo\\_Morales-abrogacion-ley\\_o\\_2863513668.html](http://la-razon.com/nacional/Codigo_Penal-Evo_Morales-abrogacion-ley_o_2863513668.html)

44 Ver: Pronunciamiento Pacto Nacional por la Despenalización del Aborto en Bolivia: Ante la aprobación del artículo No.153 del Código del Sistema Penal, en <http://catolicasbolivia.org/destacado/diputados-aprueban-art-153>; Ipas Bolivia, *Examinando entre bastidores el cambio histórico de la ley sobre aborto en Bolivia*, en: <http://www.ipas.org/es-MX/News/2017/December/Behind-the-scenes-of-Bolivia-s-historic-abortion-law-change.aspx>

45 Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 264.

46 *Ibid.*, párr. 222.

*y niñas que lo solicitan de manera libre e informada*<sup>47</sup>. La autora entiende por tal aquel que se practica cuando existe un riesgo para la vida o salud de la mujer embarazada o del feto en gestación, incluyendo los casos de embarazo como resultado de violación o incesto.

Este estándar regional tiene también expresión en la opinión de las sociedades latinoamericanas. El aborto es un tema instalado en el debate público en el continente, dada la agencia continua y sostenida de los movimientos feministas, y alcanza grados importantes de cobertura mediática en escenarios de reforma legislativa o de litigio estratégico. En los tres países examinados, las encuestas que se mencionan a continuación son específicas a la materia, es decir, miden percepciones sobre aborto o interrupción voluntaria del embarazo (ILE) y derechos sexuales y reproductivos. No es de extrañar que estos sondeos estén radicados en organizaciones y redes feministas interesadas tanto en producir conocimiento sobre el aborto –en sus dimensiones subjetivas, políticas, sociales y culturales– como en alimentar su acción a favor del reconocimiento de este derecho de las mujeres.<sup>48</sup>

En Bolivia, Católicas por el Derecho a Decidir (CDD) realizó una encuesta nacional de opinión sobre derechos sexuales y reproductivos y aborto en 2011; los resultados muestran que 68% considera que el aborto debe ser legal cuando el embarazo es producto de violación, 64% en caso de malformación del feto, y 58% cuando la vida de la mujer esté en riesgo.<sup>49</sup> En 2017, la organización aplicó una nueva encuesta, esta vez dirigida a personas católicas del departamento de La Paz y Sucre; en las respuestas, el rango de acuerdo con todas las causales antes mencionadas es superior al 70%.<sup>50</sup>

En Colombia, La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres presentó en el año 2017 los resultados de la primera encuesta de percepción sobre la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia, realizada con la encuestadora Cifras y Conceptos. El sondeo se aplicó en las 32 capitales departamentales del país. Los resultados arrojan que 65% de la población encuestada está de acuerdo con el aborto legal cuando el feto presenta malformaciones incompatibles con la vida fuera del útero, la vida y la salud de la mujer están en riesgo por la continuación del embarazo, y la mujer quedó en embarazo debido a una violación. Al mismo tiempo, 62 % considera que esa decisión es exclusiva de la mujer.<sup>51</sup>

En Argentina, una encuesta de opinión sobre la reforma de la ley de aborto realizada en 2014 muestra que existe un amplio apoyo a muchos de los componentes de la legislación propuesta a favor de la despenalización del aborto. La gran mayoría está de acuerdo con que el aborto sea legal si la salud o la vida de la mujer está en riesgo (81%), si el embarazo es resultado de una violación (80%) y si el feto presenta anomalías graves (68%).<sup>52</sup>

---

47 Roa, Mónica, *La interpretación última del derecho a la vida desde la concepción en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Op. Cit., pgs. 2 y 4.

48 Ramos, Silvia, Introducción al libro *Investigación sobre aborto en América Latina y El Caribe: una agenda renovada para informar políticas públicas e incidencia*, Op. Cit.

49 Católicas por el Derecho a Decidir de Bolivia, Encuesta Nacional de Opinión sobre Derechos Sexuales, Derechos Reproductivos y Aborto. 2010-2011. La Paz-Bolivia.

50 Católicas por el Derecho a Decidir (CDD / Bolivia) e Instituto de Investigaciones Sociológicas (IDIS – UMSA), Encuesta de Opinión Católica 2017. Disponible en: <http://catolicasbolivia.org/wp-content/uploads/2017/10/Encuesta-CDD-FINAL-WEB-3.pdf>

51 Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, Encuesta de Percepción sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia, 2017. Disponible en: <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/2017/09/28/encuesta-de-percepcion-sobre-interrupcion-del-embarazo/>

52 Belden Russonello Strategists LLC, Opiniones sobre la reforma de la ley sobre el aborto en Argentina; Análisis de una encuesta nacional de opinión pública, 2011.

En la región, Mónica Petracci, en una investigación sobre aborto y opinión pública, constata “*el consenso de la bibliografía acerca del apoyo al derecho al aborto en circunstancias específicas, en general circunstancias planteadas como situaciones extremas*”, entre las que incluye la violación, el riesgo de vida de las mujeres, el riesgo en la salud física y en la salud psíquica de las mujeres.<sup>53</sup>

A partir de esta revisión de las interpretaciones dadas al derecho a la vida tanto desde los ámbitos constitucionales y legales como de las percepciones ciudadanas en tres países y en la región, veamos como andamos por casa.

## 2. Argumentos del debate en Chile

La despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales recientemente lograda marca un hito en la historia del aborto en el país, aun cuando todavía lejano de su reconocimiento como parte de los derechos sexuales y reproductivos que la autonomía y dignidad de las mujeres requiere. La lectura del hecho, sin embargo, no puede limitarse a constatar lo acotado del derecho reconocido. Entre 1991 y 2014 se registran al menos 13 mociones parlamentarias que buscaban modificar, a través de causales o plazos, la prohibición total del aborto en el país; ninguna de ellas avanzó significativamente en el trámite legislativo.<sup>54</sup>

Mucho ha sucedido en el país para que un gobierno presente un proyecto de ley de aborto, el Congreso dé trámite legislativo y apruebe un texto legal, y el Tribunal Constitucional (TC) resuelva que la norma es constitucional. Un análisis del hito tres causales debiera relevar, al menos, la acción constante del movimiento feminista que desde los años noventa ha demandado el derecho al aborto legal como un asunto de democracia, de derechos humanos, de salud y de justicia social.<sup>55</sup> En este hacer, se ha documentado y producido conocimiento sobre el problema desde distintas perspectivas metodológicas y disciplinarias, se han construido sintonías con centros académicos y especializados a nivel nacional e internacional, y se han logrado convergencias con organizaciones de derechos humanos, gremios y sindicatos, entre otros. De ello dan cuenta las exposiciones durante la tramitación legislativa de las 3 causales, así como en las presentaciones y los amicus e informes en derecho ante el TC. También constatar los cambios en las percepciones sobre libertades individuales y derechos a los que la sociedad chilena se ha abierto en las últimas décadas.<sup>56</sup> Este escenario es coherente con el apoyo ciudadano a las causales aprobadas –cerca al 70% según las últimas encuestas<sup>57</sup>– y que estén hoy en debate público y legislativo asuntos impensables hace poco más de una década, como el matrimonio igualitario y los derechos de filiación de las parejas de un mismo sexo.

53 Petracci, Mónica, Opinión Pública y Aborto. La sociedad discute sobre el aborto en América Latina, en *Investigación sobre aborto en América Latina y El Caribe: una agenda renovada para informar políticas públicas e incidencia*, Silvina Ramos (comp), (Buenos Aires: Centro de Estudios de Estado y Sociedad-CEDES), 2015, pg. 147.

54 Para un detalle de las mociones presentadas ver: Mensaje de S.E. la presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, 31 de enero de 2015.

55 Maira, Gloria, Hurtado, Josefina y Santana, Paula, “Posicionamientos feministas sobre el aborto en Chile”, en *Revista Mujer y Salud*, 2/2010, (Red de salud de las mujeres latinoamericanas y del Caribe RMSLAC) 2010.

56 PNUD, Desarrollo Humano en Chile 2002, “Nosotros los chilenos: un desafío cultural”. Disponible en: <http://desarrollohumano.cl/idh/informes/2002-nosotros-los-chilenos-un-desafio-cultural/>

57 CADEM, Encuesta N.º 189 – 28 de agosto de 2017, “70% está de acuerdo con que el Tribunal Constitucional haya aprobado el proyecto que despenaliza el aborto en tres causales”.

A continuación se revisa la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la ley que despenaliza las tres causales y las percepciones ciudadanas en torno al derecho a la vida que se expresaron en la etapa participativa del proceso constituyente impulsado por el gobierno durante el año 2016.

## 2.1 El Tribunal Constitucional

Como expresado anteriormente, la interpretación del derecho a la vida fue medular en el debate parlamentario y base de los requerimientos de inconstitucionalidad interpuestos ante el TC por senadores/as y diputados/as opositores a la despenalización de las tres causales aprobadas por el legislativo. Previo a la vista de la causa, el Tribunal convocó a audiencias públicas “con la finalidad de que las instituciones y organizaciones que posean personalidad jurídica y sean representativas de los intereses involucrados en el asunto jurídico-constitucional que debe resolver este Tribunal, formulen observaciones orales acompañando antecedentes escritos relacionados con la materia de los autos”.<sup>58</sup> Se anotaron 132 organizaciones que, desde un amplio despliegue de actorías sociales y políticas, muestran la diversidad de posturas que el aborto suscita: ONG feministas, de mujeres y de derechos humanos, organizaciones gremiales y sindicales, partidos políticos universidades y centros de investigación, iglesias evangélicas y asociaciones de ideario católico. Es importante destacar que, además del significativo número de amicus e informes en derecho nacionales e internacionales apoyando la constitucionalidad de las 3 causales, varias/os abogadas/os que presentaron observaciones orales ante el TC lo hicieron en nombre de un importante número de organizaciones e instituciones, dando cuerpo político con este acto al amplio apoyo ciudadano que tiene la despenalización del aborto en esas circunstancias.<sup>59</sup>

Los senadores y senadoras que requirieron de inconstitucionalidad argumentaron, entre otros asuntos, que el proyecto de ley que autoriza la interrupción voluntaria del embarazo en casos de riesgo vital de la embarazada, malformación fetal letal y embarazo producto de violación, “*pugna con el mandato que el Constituyente dispuso al legislador en el artículo 19, numeral 1º, inciso segundo, de la Carta Fundamental: proteger siempre la vida del que está por nacer... El proyecto consagra deliberada, autónoma y directamente, terminar con la vida de un ser de la especie humana inocente que no ha nacido.*” Por su parte, los diputados y diputadas requirentes argumentaron que “*Chile nunca tuvo aborto terapéutico, conforme mal se le denomina. Las palabras “aborto” y terapéutico” son incompatibles. La idea de un aborto provocado implica siempre la supresión intencionada de la vida del que está por nacer y mal puede entenderse que ello evoque a un tratamiento o terapia conforme la lex artis médica. Por lo mismo exponen que resulta ética, jurídica y moralmente reprochable que el ordenamiento jurídico permita la acción directa y deliberada con el objeto de eliminar una vida en gestación, aunque exista un propósito terapéutico para ello.*”<sup>60</sup>

Por su parte, la presidenta de la República, sobre esta materia en particular argumentó que “*la Constitución distingue al que está por nacer de las personas. Así, el tenor literal del artículo 19 N.º 1 lleva a sostener*

58 Tribunal Constitucional, Resolución de Audiencias Públicas N.º 736, 14 de agosto de 2017.

59 Entre otras, Lidia Casas, directora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales representó en su alegato a la Central Única de Trabajadores (CUT), la Asociación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF), la Asociación de Funcionarios/as del Ministerio y el Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género y de la Diputada Karla Rubilar. Verónica Undurraga, abogada y académica de la Universidad Adolfo Ibáñez, representó al Centro de Estudios de la Mujer y a la organización lésbica Rompiendo el Silencio. Para una relación completa de estas representaciones ver la Resolución de Audiencias Públicas citada supra.

60 Tribunal Constitucional, Rol N.º 3729 (3751) -17-CPT, Sentencia, II. Planteamientos generales que contextualizan los conflictos constitucionales sometidos al conocimiento y decisión del Tribunal. 1. Argumentos de las señoras y señores parlamentarios requirentes.

*que son las personas quienes detentan el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. El que está por nacer se encuentra en un estatuto distinto al de la personalidad... Hoy, se deja a la mujer bajo un estatus que la obliga a decidir entre cometer un delito o sufrir una vulneración forzada a su derecho a la vida, integridad física o psíquica o en su dignidad. Privilegiar la protección del feto por sobre los derechos de la mujer con las herramientas del Derecho Penal es desconocer su calidad de sujeto dotado de dignidad, cuestión contraria a la Constitución.”<sup>61</sup>*

El Tribunal Constitucional en su sentencia sobre la constitucionalidad de las tres causales afirma el derecho a la vida, “*no es un derecho de carácter absoluto, pues ningún derecho fundamental es un derecho absoluto, toda vez que los derechos fundamentales aceptan limitaciones, al exigirse su compatibilidad con la debida protección del ser humano y su dignidad, tal sería el caso de la legítima defensa, la pena de muerte y la interrupción del embarazo*” (considerando 49). Con este fallo el Tribunal resuelve las discrepancias interpretativas del derecho a la vida que produjeron sus sentencias sobre la muerte encefálica (STC 220/1995) y la píldora del día después (STC 740/2007). En efecto, al ponderar su propio hacer, el Tribunal indica que tiene dos doctrinas que no dialogan entre sí; “*mientras en el fallo de muerte encefálica se sostiene que, de acuerdo a la Constitución, la vida comienza desde el nacimiento y termina con su muerte, en el fallo de la píldora del día después, se sostiene que esta comienza con la concepción.*” (considerando 25). En la sentencia sobre la constitucionalidad de las 3 causales, el TC establece la interpretación última que debe darse al art. 19 inciso primero del Constitución.

El Tribunal Constitucional se alinea con sus pares regionales y la propia Corte IDH en lo que Roa llama el estándar regional mínimo sobre el aborto, previamente descrito. El tribunal chileno razona el derecho a la vida y la protección de la gestación humana incorporando los derechos de las mujeres como uno de los elementos guía de su razonamiento (considerando 34).<sup>62</sup> Declara que “*la mujer es persona; como tal sujeto de derecho.*” (considerando 35). Afirma que distintos cuerpos normativos han avanzado en profundizar y desarrollar los derechos de la mujer y entre estos están, no solo los tratados internacionales, sino también la acción del constituyente y del legislador en Chile. Con este prisma, para el tribunal el embarazo es un estado temporal, propio de la mujer, personalísimo, que “*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 39).

Respecto del que está por nacer el Tribunal Constitucional afirma, de manera categórica, que “*la Constitución no le otorga al que está por nacer la categoría de persona. Ello no obsta a que sea un bien jurídico de la mayor relevancia*” (considerando 40). Así lo expresa cuando indica 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.*” (considerando 40 inciso 3°).

El tribunal razona que “*la presencia de las tres causales que el proyecto contempla, obliga a ponderar las cargas excesivas que estas significan para la mujer. El derecho no puede obligar a las personas a actuar*

61 Tribunal Constitucional, Rol N.º 3729 (3751) -17-CPT, Op. Cit., III. Conflictos constitucionales denunciados. Primer conflicto constitucional. El legislador habría excedido su competencia, vulnerando el mandato del artículo 19, numeral 10, inciso segundo, de la Constitución, contraviniendo las bases en que se funda el Estado de Derecho.

62 Es el segundo elemento que destaca. El primero es pluralismo, que “*impide que se pueda imponer un modelo determinado de pensamiento, de moral, propio de una o más organizaciones, de una o más personas, al resto de la sociedad*” (considerando 33). Los otros dos son el derecho penal como última ratio y los derechos de los pacientes.

*contra sí mismas, y obligarlas a soportar el riesgo vital, la muerte de su hijo por una patología letal o la maternidad como consecuencia de la violación” (considerando 116), y concluye que “la sanción penal absoluta del aborto, sin causales de excepción, choca con los derechos de la mujer” (considerando 115).*

Las tres causales son constitucionales, y por tanto, es ahora deber del Estado garantizar que las niñas y mujeres que se encuentren en estas circunstancias puedan acceder al aborto sin dilaciones ni presiones o coacciones que afecten su derecho de decisión.

## 2.2 El debate del aborto en la ciudadanía

Es indicador de la coincidencia con lo resuelto por el TC la aprobación mayoritaria a la despenalización de las tres causales en todas las encuestas de opinión desde el comienzo del debate legislativo. Esto visualiza un sentido común a favor de los derechos de las mujeres que es relevado por primera vez con contundencia en lo público en el contexto del trámite legislativo del proyecto de ley.

Esta tendencia, sin embargo, no es reciente. En efecto, desde fines de los noventa, las encuestas de opinión muestran la creciente voluntad de la ciudadanía de legislar sobre aborto. En 1999, una encuesta nacional a mujeres realizada por el Grupo Iniciativa Mujer mostró significativos niveles de aceptación en torno al aborto: 8 de cada 10 mujeres lo aprobaban cuando está en peligro la vida de la madre, 7 de cada 10 cuando el feto presenta problemas graves, y 6 de cada 10 en caso de embarazo producto de una violación o incesto (GIM, 1999).<sup>63</sup> Asimismo, FLACSO-Chile (2001) realizó una encuesta nacional el año 2001 que evidenció que la mayoría de la población apoyaba una legislación sobre aborto (57,6%), particularmente si peligra la vida de la mujer (65,6%), el embarazo es producto de una violación (58,3%) y si el feto presenta malformaciones severas (56,3%); un 21,3% opinó que se debiera permitir el aborto siempre que la mujer lo solicite. En las últimas dos décadas, las encuestas disponibles muestran apoyos mayoritarios a las tres causales<sup>64</sup>, tendencia consolidada con la apertura del debate público sobre aborto que suscitó el proyecto de ley.<sup>65</sup>

El debate público sobre el derecho a la vida y el aborto también se expresó en la etapa participativa del proceso constituyente impulsado por el gobierno de la presidenta Bachelet durante 2016. La metodología aplicada en la etapa participativa propuso abarcar tres temas de conversación tanto en los encuentros locales (ELA) y los cabildos provinciales y regionales, como en la consulta individual vía web. Estos fueron: valores y principios; derechos, deberes y responsabilidades; e instituciones del Estado. En cada uno de estos ámbitos, quienes participaron debían establecer una jerarquización de los conceptos acordados (los 7 primeros) e indicar si el acuerdo era total, parcial o existía desacuerdo.<sup>66</sup>

Varias organizaciones feministas y de mujeres actuaron en ese espacio constituyente. Se hizo ver al gobierno los graves déficit del proceso con las mujeres, entre estos, su escaso número en el Consejo de Observadores Ciudadanos encargado de garantizar que los diálogos se llevaran a cabo libres de presiones y distorsiones: de sus 17 integrantes, solo fueron designadas tres mujeres, lo que equivale al

63 Grupo Iniciativa Mujer, Encuesta nacional opinión y actitudes de las mujeres chilenas sobre la condición de género (Santiago: GIM), 1999.

64 Ver, entre otras, las encuestas anuales de la Corporación Humanas, disponibles en [www.humanas.cl](http://www.humanas.cl)

65 Ver nota 58 al pie.

66 Para conocer a profundidad la metodología de la etapa participativa consultar: <https://www.unaconstitucionparachile.cl/>

17,6%.<sup>67</sup> En declaración pública expresaron su preocupación por “*la constante insistencia en no relevar la paridad en un proceso constituyente que permite escribir la historia también con mujeres*”. Entre otras redes, en Nosotras Las Constituyentes se articularon una gran diversidad de voces y organizaciones feministas interesadas en fortalecer el poder constituyente de las mujeres y movilizarse por una Asamblea Constituyente paritaria. Desde este espacio, se elaboró el documento Conceptos y Fundamentos para la discusión en encuentros locales y cabildos provinciales y regionales. Se concentraron allí asuntos centrales para las mujeres de cara a una nueva constitución.<sup>68</sup> En materia de derechos sexuales y reproductivos se propone, entre otros derechos, que las personas puedan “*tomar decisiones sexuales y reproductivas sin coerción incluida la maternidad voluntaria*”.

Los resultados de la etapa participativa muestran que el derecho a la vida ocupó el 4.º lugar en los encuentros locales, 5.º en los cabildos provinciales y 7.º en los regionales.<sup>69</sup> En la consulta individual, el derecho no aparece entre los 7 más nombrados. Sobre la interpretación que los y las participantes otorgaron al derecho en estos espacios, en la sistematización del Consejo Ciudadano de Observadores se lee: “*Desde la perspectiva conceptual, este derecho se entiende de varias maneras. En algunos Encuentros se entiende la vida como vida física de los seres humanos y se ordena al Estado su garantía y protección. Pero en otros, el derecho a la vida lo comprenden como libertad o autonomía, sin la cual pareciera no tener sentido. En este punto, estas opciones conectan con la libertad de hacer lo que se quiera con el cuerpo y con la vida misma, adscribiéndola a los fines que a las personas les parezcan. Hemos registrado que en varios ELA se afirma que la vida es un “don” “un regalo” o nos ha sido dada por Dios, de modo que solo él puede quitárnosla y no se puede privar a otros de su vida*”.<sup>70</sup>

Como señalado, la etapa participativa del proceso gubernamental coincidió con parte del trámite legislativo del proyecto de ley de 3 causales, y en los encuentros y cabildos el aborto formó parte del debate público: “*Desde la perspectiva de la extensión del derecho, en varios encuentros concibe la vida humana desde el nacimiento, para otros desde la viabilidad y no faltan los que creen que se inicia en “tres meses”, lo que normalmente va encaminado a aprobar el aborto desde distintas formas. Se afirma que la mujer tiene “autonomía” para decidir sobre el aborto o posee la propiedad o disposición sobre el propio cuerpo. En algunos casos las Actas dan cuenta de que en la reunión hubo diferencias significativas entre los asistentes respecto del aborto libre o por causales que contiene el proyecto de ley en trámite*”<sup>71</sup>.

La sistematización de los resultados de la etapa participativa no permite establecer ponderaciones de mayoría o minoría respecto de los conceptos priorizados, ni tampoco hacer diferencias por sexo. Tomando como ejemplo el derecho a la vida, lo que se puede señalar es que está entre los derechos priorizados, pero no es posible establecer cuáles fueron las interpretaciones o fundamentaciones que tuvieron más apoyo o representaron mayor consenso. Desborda los contornos de este artículo profundizar

67 Declaración pública por un nuevo contrato social para las mujeres, 9 de diciembre de 2015. En: <http://oge.cl/mujeres-feministas-y-organizaciones-rechazan-falta-de-paridad-en-consejo-de-observadores-para-el-proceso-constituyente/>

68 Nosotras Las Constituyentes, documento de conceptos y fundamentos para los encuentros locales y cabildos. Disponible en: <http://oge.cl/?s=nosotras+las+constituyentes>

69 Comité de Sistematización, Sistematización de la Etapa Participativa del Proceso Constituyente abierto a la ciudadanía, resumen ejecutivo, enero de 2017. En: [www.sistematizacionconstitucional.cl](http://www.sistematizacionconstitucional.cl)

70 Consejo Ciudadano de Observadores, Informe final sobre el proceso de participación y diálogos constitucionales a que convocó el gobierno de Chile durante 2016, enero de 2017, p. 86. En: <https://es.scribd.com/document/337124797/Informe-Final-Consejo-Ciudadano-de-Observadores-Nueva-Constitucion-Chile-Enero-2017>

71 Ibid.



en la metodología y resultados de los ELA y cabildos. Sin embargo, es importante señalar que los primeros concentraron el mayor número de participación (105.161 personas) y de mujeres (54%), y que sus debates fueron mucho más allá de lo propuesto en el esquema gubernamental. Soto y Welp señalan que, en los cabildos, el intercambio se centró en los 7 derechos priorizados; en los ELA en cambio, el debate “*extiende el catálogo a más de cuarenta, muchas veces todos ellos interconectados y puestos en una perspectiva ciudadana. Así la “vida” se relaciona con “medio ambiente”, “vivienda digna”, “transporte”, entre otros*”.<sup>72</sup> En contraste, en los resultados de los encuentros locales<sup>73</sup>, *respetar la vida desde la concepción* aparece en el lugar 57, a pesar del protagonismo que buscaron tener las iglesias evangélicas y católica.

Del proceso participativo constituyente se puede concluir que el aborto está instalado en la agenda pública y, a partir de lo que reflejan las encuestas de opinión a propósito de la ley de despenalización, se consolida a nivel de la ciudadanía al menos el apoyo al aborto en tres causales. En la materia existe sintonía entre el sentido común, el fallo constitucional y el estándar regional que debe ser garantizado a las mujeres.

## A modo de cierre

La necesidad de una nueva constitución no está en discusión en el país. Sin perjuicio de la forma y tiempos que el próximo gobierno de Sebastián Piñera dé al proceso, la presidenta Bachelet entregará una propuesta de texto constitucional al país, y con ello se marca un hito institucional importante en la configuración de una nueva constitución.

La revisión de la experiencia de cambio constitucional y de las resoluciones de las cortes constitucionales de Argentina, Colombia y Bolivia, junto con los desarrollos en el sistema interamericano de derechos humanos, muestra el vigor de la interpretación del derecho a la vida cuyo sujeto activo es la persona nacida. Las cortes constitucionales se muestran mayormente garantes de los derechos humanos de las mujeres. La sentencia del tribunal constitucional chileno aporta a la consolidación del estándar regional mínimo que garantiza a las mujeres acceso al aborto legal cuando su vida está en riesgo, existe inviabilidad fetal o el embarazo es producto de una violación.

Sobre esta base debiera construir la nueva Constitución pues es fundamento legitimado tanto en la opinión ciudadana como en las claves del derecho y de los derechos humanos en el país y en la región. Sin lugar a dudas, desde el conservadurismo moral y religioso se presionará para que el derecho a la vida desde la concepción forme parte de los derechos fundamentales y se otorgue estatus de persona al embrión. El país no se puede permitir ese retroceso, que es en todos los sentidos: vida, salud, libertad, derechos humanos, democracia, convivencia y justicia social. Involución sería la palabra para describir el momento.

En esta perspectiva, la experiencia en Argentina, Colombia y Bolivia muestra la importancia de dar rango constitucional a los tratados de derechos humanos. La Constitución de 1980 no resolvió la jerarquía que estos tienen en el ordenamiento jurídico chileno, y las interpretaciones que han dado la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional no son coincidentes. Dar a estos convenios y tratados

---

72 Soto, Francisco y Welp, Yanina, *Los “diálogos ciudadanos”*, (Santiago: LOM ediciones), 2017.

73 Comité de Sistematización, *Resultados Encuentros Locales Autoconvocados País*, julio 2016.

rango constitucional significa mayor reconocimiento y protección de los derechos humanos de las mujeres en la acción del Estado, y por tanto con efecto transformador de la vida de las mujeres. Marca la diferencia entre abortar en la clandestinidad o acceder a una prestación de salud segura, si una mujer así lo decide.

## Bibliografía

- Barraza, Cecilia y Gómez, Claudia, *Un derecho para las mujeres. La despenalización parcial del aborto en Colombia* (Bogotá: Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres), 2009. <http://es.calameo.com/read/0002797360c46a7d3a06e>
- Belden Russonello Strategists LLC, Opiniones sobre la reforma de la ley sobre el aborto en Argentina; Análisis de una encuesta nacional de opinión pública, 2011.
- Bergallo, Paola. La Liberalización del aborto: contextos, modelos regulatorios y argumentos para su debate. En P. Bergallo (comp.), *Aborto y justicia reproductiva*, (Buenos Aires: Editores del Puerto), 2011.
- CADEM, Encuesta N.º 189 – 28 de agosto de 2017.
- Castillo, Alejandra. *Disensos feministas* (Santiago: Ed. Palinodia), 2016.
- Católicas por el Derecho a Decidir de Bolivia, Micaela, un documental sobre el aborto. Disponible en: <http://www.somossur.net/bolivia/politica/testimonios-de-movimientos-sociales/1266-micaela-un-documental-sobre-el-aborto.html>
- Católicas por el Derecho a Decidir de Bolivia. Encuesta Nacional de Opinión sobre Derechos Sexuales, Derechos Reproductivos y Aborto. 2010-2011. La Paz-Bolivia.
- Católicas por el Derecho a Decidir (CDD / Bolivia) e Instituto de Investigaciones Sociológicas (IDIS – UMSA), Encuesta de Opinión Católica 2017. Disponible en: <http://catolicasbolivia.org/wp-content/uploads/2017/10/Encuesta-CDD-FINAL-WEB-3.pdf>
- CEPAL, La política de paridad y alternancia de género en los órganos de elección del Estado Plurinacional de Bolivia y en las instancias políticas intermedias: un avance en la garantía de la autonomía en la toma de decisiones de las mujeres. 2013
- Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, 2013.
- CLADEM, Caso LMR c.Argentina, en *Boletín del programa de litigio estratégico*, N.º 2, año 1, agosto 2001.
- Coalición nacional de mujeres para la elaboración del informe sombra de la CEDAW, *Informe sombra al Comité de la CEDAW*, Quito, noviembre 2014.
- Colectivo Cabildeo, *Discursos Políticos de Mujeres en el Proceso Constituyente*, 2007.
- Comité de Sistematización, Sistematización de la Etapa Participativa del Proceso Constituyente abierto a la ciudadanía, resumen ejecutivo, enero de 2017.
- Consejo Ciudadano de Observadores, Informe final sobre el proceso de participación y diálogos constitucionales a que convocó el gobierno de Chile durante 2016, enero de 2017.
- Corporación Humanas, *Cambios constitucionales y derechos humanos de las mujeres: por un proceso constituyente inclusivo, participativo y paritario* (Santiago, Corporación Humanas), 2017.
- Díaz, Soledad y Verónica Schiappacasse. “Derechos sexuales y reproductivos en el gobierno de Michelle Bachelet”. En *Género al poder* (Santiago, Observatorio de Género y Equidad), 2009.
- Fraser, Nancy. *Fortunas del Feminismo* (Ecuador: IAEN), 2015.

- Gebruers, C. y Gherardi, N. *El aborto legal en Argentina: la justicia después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso "F.A.L."*. En Red de Acceso al Aborto Seguro REDAAS, Serie Documentos REDAAS, N.º 2, 2015.
- Grupo Iniciativa Mujer, Encuesta nacional opinión y actitudes de las mujeres chilenas sobre la condición de género, (Santiago: GIM), 1999.
- Hidalgo, Virginia y Martínez, Nikol, "Chile no es un país para mujeres, campaña por la despenalización social del aborto, #misopapótodas #infinitas causales". Ambos artículos en *revista CERES creando feminismos*, (Santiago, ediciones mal criada), N.º 10, año 5, primavera 2016.
- Ipas Bolivia, *Examinando entre bastidores el cambio histórico de la ley sobre aborto en Bolivia*. <http://www.ipas.org/es-MX/News/2017/December/Behind-the-scenes-of-Bolivia-s-historic-abortion-law-change.aspx>
- IPPF, *Aborto legal, regulaciones sanitarias comparadas*, IPPF/RHO, Uruguay, 2008.
- Lubertino, M. J., Nuevas constituciones para todos y todas, en CEPAL, *Reformas constitucionales y equidad de género. Seminario internacional* (Santa Cruz de la Sierra: CEPAL), 2005.
- Luongo, Gilda, "Abortarlo todo: los movimientos del movimiento Coordinadora Feministas en Lucha"; *revista CERES creando feminismos* (Santiago, ediciones mal criada), N.º 10, año 5, primavera 2016.
- Maira, Gloria, Hurtado, Josefina y Santana, Paula, Posicionamientos feministas sobre el aborto en Chile, en *Revista Mujer y Salud*, 2/2010 (Red de salud de las mujeres latinoamericanas y del Caribe RMSLAC) 2010.
- Mesa Acción por el Aborto en Chile, *Aborto: respeto a la dignidad y a la decisión de las mujeres, declaración*
- Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, Encuesta de Percepción sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia, 2017. <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/2017/09/28/encuesta-de-percepcion-sobre-interrupcion-del-embarazo/>
- Monreal, Tegualda. *Evolución Histórica del Aborto Provocado en Chile y la Influencia en la Anticoncepción. Leyes para la Salud y la Vida de las Mujeres. Hablemos de Aborto Terapéutico*. Foro Abierto de Derechos Reproductivos, Santiago. (1993).
- Monte, M. E. y Gavernet, L. La incorporación de los derechos sexuales y reproductivos en las Constituciones de Argentina, Venezuela, Ecuador y Bolivia. En J. M. Morán Faúndes y M. C. Sgró Ruata, *Sexualidades, desigualdades y derechos. Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos* (Córdoba: Ciencia, Derecho y Sociedad), 2012.
- Pacto Nacional por la Despenalización del Aborto en Bolivia: Pronunciamento Ante la aprobación del artículo N.º 153 del Código del Sistema Penal, en <http://catolicasbolivia.org/destacado/diputados-aprueban-art-153>;
- PNUD, Desarrollo Humano en Chile 2002, "Nosotros los chilenos: un desafío cultural".
- Petracci, Mónica, Opinión Pública y Aborto. La sociedad discute sobre el aborto en América Latina, en *Investigación sobre aborto en América Latina y El Caribe: una agenda renovada para informar políticas públicas e incidencia*, Silvina Ramos (comp.), (Buenos Aires: Centro de Estudios de Estado y Sociedad-CEDES), 2015.
- Quintero, B. Las Mujeres Colombianas y la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 – Participación e Impactos. En CEPAL, *Reformas Constitucionales y Equidad de Género. Seminario internacional* (Santa Cruz de la Sierra: CEPAL), 2005.
- Ramos, Silvia, Introducción al libro *Investigación sobre aborto en América Latina y El Caribe: una agenda renovada para informar políticas públicas e incidencia*, Op. Cit.
- Rampf, David y Chavarro, Diana. La Asamblea Nacional Constituyente de Colombia de 1991 – De la exclusión a la inclusión o ¿un esfuerzo en vano?, en *Inclusive Political Settlements Artículo 1* (Berlín: Berghof Foundation), 2014. <https://es.scribd.com/document/326548231/1-La-Asamblea-Nacional-Constituyente-de-Colombia-de-1991-de-La-Exclusion-a-La-Inclusion-o-Un-Esfuerzo-en-Vano>

- Red de colectivos feministas socialistas y de mujeres en Venezuela, *Contribución voluntaria al 2do ciclo de revisión del Examen Periódico Universal de la República Bolivariana de Venezuela*, 2016.: [https://encuentrofeminista.weebly.com/uploads/4/0/9/9/4099603/informe\\_epu\\_araña\\_feminista\\_febrero\\_2016.pdf](https://encuentrofeminista.weebly.com/uploads/4/0/9/9/4099603/informe_epu_araña_feminista_febrero_2016.pdf)
- Roa, Mónica. La interpretación última del derecho a la vida desde la concepción en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, un diálogo de 360 grados con importantes implicaciones para la garantía de los derechos reproductivos en la región. En Saiz, Solano y Roa (ed.), *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Valencia: Tirant lo Blanch), 2017.
- Salinas, Héctor. *Políticas de disidencia sexual en México* (México: CONAPRED), 2008. <https://es.scribd.com/doc/100546429/Políticas-de-disidencia-sexual-en-México>
- Sauma, Gabriela, Delimitación del análisis de la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0206/2014, en Ipas Bolivia, *Memoria del seminario internacional “Alcances de la Sentencia Constitucional N.º 0206/2014, en el marco de los derechos sexuales y reproductivos”, La Paz, Bolivia, 28 de mayo de 2014*, 2014. <https://es.scribd.com/document/261068109/Memoria-Seminario-Internacional-Alcances-de-La-Sentencia-Constitucional-206-2014>
- Shepard, Bonnie y Lidia Casas. *Abortion Policies and Practices in Chile: ambiguities and dilemmas* (Londres: Reproductive Health Matters), 2007.
- Soto, Francisco y Welp, Yanina, *Los “diálogos ciudadanos”* (Santiago: LOM ediciones), 2017.
- The Alan Guttmacher Institute. *Aborto Clandestino: una Realidad Latinoamericana*. Nueva York (1994).
- Vargas, Virginia, *Feminismos en América Latina, su aporte a la política y la democracia* (Lima: UNMSM), 2008.
- Women’s Link Worldwide. *La liberalización del aborto en Colombia*, en [despenalización.org.ar](http://despenalización.org.ar) por la despenalización del aborto, N.º 02, mayo 2007.

## *Fallos*

- Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, sentencia del 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 355, 2006
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia 0206/2014
- Tribunal Constitucional de Chile, Rol N.º 3729 (3751) -17-CPT

# Tramitación legislativa del proyecto de ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales

---

Claudia Sarmiento Ramírez\* y Elisa Walker Echeñique\*\*

## RESUMEN

El artículo presenta el análisis de contexto y los supuestos políticos y normativos en los que se basó el diseño y tramitación del proyecto de ley que despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo en Chile, así como algunas estrategias que resultaron exitosas para su aprobación.

## 1. 25 años de espera

Desde la recuperación de la democracia en la década de los '90, ninguno de los gobiernos democráticos había presentado un proyecto de ley destinado a modificar el Código Sanitario que, desde 1989, penalizaba sin excepciones del aborto en Chile. El evidente deseo de no alterar el status quo político y legal se distanciaba profundamente de las demandas de los movimientos de mujeres y feministas quienes, ya fuese dentro de los partidos de la entonces Concertación de Partidos por la Democracia, o fuera de ella, jamás dejaron de bregar por un cambio en este estatuto normativo o, al menos, el regreso al estándar sanitario que existió desde 1931 hasta 1989. También se distanciaba de la posición que de forma sistemática sostuvieron los órganos de Tratados de Derechos Humanos que velan por el cumplimiento de las obligaciones convencionales del Estado de Chile. Consistentemente y con especial claridad en la última década, tanto el sistema de Naciones Unidas, como el Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, le hizo ver al Estado de Chile que, en aras a cumplir cabalmente con sus obligaciones en materia de derechos humanos de las mujeres, debía modificar las normas que penalizaban absolutamente la interrupción voluntaria del embarazo en tres situaciones puntuales:

---

\* Abogada de la Universidad de Chile. LL.M en Teoría Legal por la New York University. Estuvo a cargo de la Jefatura del departamento de Reformas Legales del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género entre los años 2014 y 2017.

\*\* Abogada de la Universidad de Chile. LL.M. en Innovación, Tecnología y Derecho por la Universidad de Edimburgo y MA en Filosofía Política y del Derecho por la University College London. Se desempeñó como asesora del departamento de Reformas Legales del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género entre los años 2014 y 2017.

Las opiniones vertidas en este artículo son de entera responsabilidad de quienes las emiten y no representan la opinión de las instituciones a las que están afiliadas.

cuando existía peligro de vida o afectación grave la salud, en caso de inviabilidad fetal de carácter letal y cuando el embarazo era el resultado de violencia sexual.

Durante 25 años estas demandas fueron desoídas. El ensordecedor silencio de la clase política chilena frente al persistente clamor de los movimientos de mujeres y las recomendaciones de los órganos de derechos humanos, contrasta con la tradición cultural y sanitaria que imperó entre los años 1931 y 1989.

1989 fue el año en el que, mediando la certeza del retorno a la democracia, la Junta Militar, obrando a instancias de un sector de la Iglesia Católica, modificó el artículo 119 del Código Sanitario. Hasta ese momento este indicaba que mediando la autorización de un médico podía interrumpirse un embarazo solo con fines terapéuticos. Esta redacción había permitido entre 1931 y 1989 la práctica de la interrupción del embarazo en caso de peligro de vida o afectación a la salud fuese una prestación de salud común y socialmente aceptada en Chile.

En un sistema presidencialista reforzado como el chileno, el que no hubiera existido un solo proyecto de ley presentado o patrocinado por el Poder Ejecutivo destinado a despenalizar el aborto no es un detalle menor. Por una parte, la Constitución Política de 1980 otorga al Presidente/a de la República una ascendencia determinante sobre la agenda del Congreso. Tal situación se realiza mediante la institución de las “urgencias”. Estas, en términos simples, consisten en la generación de un orden de prelación para la vista de los proyectos de ley, primero en las comisiones y luego en las salas de cada Cámara. Dependiendo de la calificación de la urgencia, –simple, suma y despacho inmediato- el Congreso tendrá un plazo más o menos acotado para tramitar el proyecto de ley.

La institución de las urgencias le permite al Presidente/a que los proyectos de ley que son partes de su programa de gobierno o funcionales a una política pública sean vistos por el Congreso. Los/las parlamentarias podrían procurar que un determinado proyecto de ley no sea colocado en las tablas de una Comisión o en la Sala de una de las dos Cámaras. No obstante, la institución de las urgencias busca revertir la posibilidad bloqueo y fuerza la consideración de un proyecto en un determinado tiempo para su estudio y votación.

Por otra parte, la Constitución establece que existen ciertas materias que son de iniciativa exclusiva del Presidente/a de la República. En particular, las materias que irroguen gastos no pueden ser asumidas por los parlamentarios y solo pueden ser presentadas por el/la Presidenta de la República.

Si se conjugan ambos factores, es fácil concluir que, frente a un Congreso ciego a una demanda ciudadana, resultaba improbable que una iniciativa parlamentaria que desprovista de urgencia y recursos para reinstalar una prestación sanitaria proscrita por años, pudiera prosperar. Por cierto, eso no impidió que entre 1990 y 2014 se presentaran un importante número de mociones parlamentarias que tenían por fin despenalizar el aborto en Chile. La inmensa mayoría de ellas buscaba regresar a la redacción del Código Sanitario de 1989. Otras, avanzaban hacia la regulación de las tres causales a las que los órganos de Tratados solían referirse al representar a Chile la penalización sin excepciones del aborto. No obstante, lamentablemente su sino fue el fracaso; ninguna prosperó, sin que pudieran acaso cruzar el umbral de la aprobación de la idea de legislar: no existió ni siquiera la disposición para abrir el debate sobre esta materia.

Esta sucinta mirada a la historia de Chile en relación a la penalización sin excepciones del aborto permite comprender la sorpresa que generó la promesa de campaña contenida en el programa de

gobierno de la Presidenta de Bachelet de la presentación de un proyecto de ley para despenalizarlo en tres causales: peligro de vida, inviabilidad fetal de carácter letal y violación. Sorpresa que solo fue superada cuando se anunció a la nación en el mensaje del 21 de mayo de 2014 su presentación y su efectiva firma el 31 de enero de 2015.

El planteamiento realizado por el Gobierno encontró detractores en quienes consideran que la penalización sin excepciones del aborto es la forma más idónea de protección de la vida del que está por nacer. Muchos de quienes sostienen esta posición lo hacen con la genuina convicción de que el nasciturus es igual a una persona nacida y que, por tanto, es titular del derecho a la vida y la interrupción voluntaria de un embarazo, en cualquier hipótesis, es igual al asesinato. El proyecto también encontró opositores entre quienes lo consideraban insuficiente y bogaban por la despenalización total del aborto y por su acceso en condiciones de gratuidad o, simplemente, por la garantía efectiva a su acceso. Otros tantos, simplemente se manifestaron escépticos frente a la posibilidad de avance del proyecto y tomaron distancia del mismo. Otros, vieron en este hito una posibilidad de cambio real.

## 2. Elementos esenciales del proyecto de ley

El mandato era claro: tres causales, ni una más ni una menos. Debía gestarse un diseño normativo que se enmarcara dentro de la Constitución Política chilena, esto es, uno al amparo del mandato al legislador de proteger la vida del que está por nacer. En particular, especial consideración debía existir respecto de la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante el Tribunal o el TC) en relación a la anticoncepción de emergencia, conocida coloquialmente como píldora del día después.<sup>1</sup> En esta sentencia, el TC había declarado inconstitucional la distribución por parte de los establecimientos públicos de salud de un determinado gramaje de levonogestrel (componente activo del medicamento) por considerarla potencialmente abortiva. Con posterioridad a la sentencia del Tribunal –la que generó un amplio rechazo ciudadano– se aprobó por el Congreso la ley N.º 20.418 que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, donde, entre otras materias, se garantizó el fármaco previamente declarado inconstitucional por el TC.<sup>2</sup>

El proyecto también debía considerar el contexto normativo de las prestaciones sanitarias en nuestro país, en especial el Código Sanitario y la ley N.º 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Esta última parte de la base del consentimiento informado de los pacientes como un requisito para el acceso a cualquier tipo de prestación de salud.

No obstante, no bastaba con conocer los elementos indispensables de la técnica legislativa más adecuada. El proyecto debía, respetando sus límites y contornos, subvertir la discriminación y clandestinidad que años de penalización absoluta habían sembrado. Una mujer o niña que se encontrara en alguna de las tres causales que debía regular el proyecto y contara con los recursos económicos suficientes podía acceder, dentro de Chile, pero especialmente fuera del país en aquellas

---

1 Tribunal Constitucional (Chile). Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N.º 48, de 2007, del Ministerio de Salud. Rol N.º 740-07

2 En dicha ocasión no hubo parlamentarios disponibles para llevar al Tribunal Constitucional el análisis de la constitucionalidad de la ley.

latitudes donde el aborto era legal, a una interrupción de su embarazo en condiciones sanitarias dignas y seguras. Por el contrario, quienes no tuvieran tales recursos, debían hacerlo sujetas al peligro de un aborto insalubre y, con certeza, atemorizadas ante la posibilidad de ser juzgadas penalmente por su decisión.

De igual manera, la penalización absoluta del aborto en Chile había calado profundo en la mentalidad de los operadores del sistema de salud. Si antes el aborto terapéutico era educado en las Universidades, hoy muchas casas de estudios no lo hacían. En hospitales del sistema público de salud y en clínicas privadas, el rol de quienes estaban llamados a escuchar y contener había cambiado por el de jueces o policías a quienes, además se les hacía escoger entre su deber de confidencialidad regulado en el Código Penal y en la praxis médica, versus el deber de denuncia de cualquier aborto contenido en el Código Procesal Penal. El número de mujeres condenadas por el delito de aborto no era dramáticamente alto, pero si lo eran sus efectos, como si, en el caso de las mujeres, la prevención general como fin de la pena tuviera una enorme efectividad.

Con esta perspectiva en mente se definieron algunos elementos de la esencia del proyecto que debían resguardarse y reivindicarse: (i) las mujeres, sus voces y su voluntad debían ser el punto de partida; (ii) se basaría en un sistema de indicaciones que operaran como una causal de justificación, no de exculpación; (iii) debía existir un tratamiento diferenciado, respetuoso y protector para las niñas pues ellas, estadísticamente, serían quienes en mayor medida interrumpirían su embarazo por ser el resultado de una violación; (iv) el sistema sanitario debía ser autónomo, sin que fuera necesario la judicialización para la procedencia de cualquiera de las causales; y (v) debía existir una prestación sanitaria efectiva.

Para que el proyecto no fuera una quimera, junto con el diseño normativo que se realizara debía existir una estrategia comunicacional y política que amparara su efectividad tanto dentro como fuera del Congreso y del Tribunal Constitucional. A continuación se analizan cada uno de estos elementos de la esencia.

## *2.1 Las mujeres y su autonomía en el centro*

La regulación sanitaria de 1931 descansaba en la “autorización de un médico cirujano”. Esta redacción, a priori inocua, encerraba una definición acerca de quién era el llamado a definir cuándo y por qué motivos resultaba lícito interrumpir un embarazo: el médico. Esto suponía un desplazamiento de la toma de decisión desde la mujer afectada por la situación, hacia el médico/a que realizaba el diagnóstico de salud.

Por supuesto, la definición del '31 se explica en un contexto político y cultural propio de su época. No obstante, tal diseño y atribución de voluntad a un tercero que, aunque calificado no era quien viviría con las consecuencias de la decisión, no podía ser replicado más de 80 años después. Lo problemático, evidentemente, era que soterrada a la negativa a debatir y regular sobre la interrupción del embarazo se encontraba un discurso cultural que desconfía de las mujeres y que les niega cualquier tipo de agencia en la definición acerca de cómo vivir el verdadero drama que significa estar en cualquiera de las causales que debían despenalizarse.

Es en este punto en el que la conciencia acerca de cómo el derecho opera como un mecanismo de exclusión social cobró una fuerza preponderante en el diseño y trabajo; constatamos que la superación



de esta realidad insoslayable sería, en sí misma, nuestro principal objetivo, pues el debate jurídico y político en Chile sobre el aborto se hacía excluyendo a las mujeres. Ya fuese en la academia, en el seno del debate parlamentario o en la deliberación del Tribunal Constitucional, las soluciones políticas y normativas invisibilizaban a las mujeres. Las voces de quienes eran validados como expertos en la medicina y en el derecho, eran siempre de hombres. Los argumentos jamás atendían a las realidades y sentir de las mujeres y niñas que se encontraban en alguna de las tres causales que reguló el proyecto. Ergo, colocar a las mujeres en el centro era una indispensable reordenación de los límites de lo jurídicamente aceptable.

El quehacer normativo suele ser patriarcal. El derecho muchas veces se viste de neutralidad, pero en los hechos oculta un sujeto ideal masculino y heterosexual. En otras, abiertamente reproduce con mayor o menor crudeza los estereotipos de madre, mártir, esposa o carga, tan propios de la división sexual de trabajo. Ahora, es el lugar de la sexualidad y la reproducción aquel donde este diagnóstico se manifiesta con toda su fuerza. Y en este, la enajenación de las mujeres y sus voces ha sido brutal.

El proyecto, entonces, partió desde un punto de no retorno: la voluntad de la mujer, su agencia y autonomía debían operar para que se pudiera realizar la interrupción de un embarazo en el marco de las tres causales. Cabe destacar que esta definición, curiosamente, no era nueva para el derecho chileno. Las relaciones entre médicos y pacientes se rigen por el estándar del consentimiento informado. Este supone que, como regla general, son los pacientes quienes toman la decisión sobre los tratamientos a los que se someterán y los médicos tienen el deber de proveerles de información veraz y oportuna para que esta definición sea realizada de la manera más responsable posible. Ahora bien, este era un estándar que, tratándose de la interrupción voluntaria del embarazo, no era evidente y que requirió de una activa defensa.

El sistema de causales propuesto en el mensaje para la modificación del artículo 119 del Código Sanitario, indicaba que mediando la voluntad de la mujer un médico se encontraba autorizado para interrumpir su embarazo en tres causales. Se reguló la forma de manifestación de dicha voluntad y las hipótesis en las cuales esta no pudiere manifestarse. Se reguló de forma diferenciada la manifestación de voluntad de las niñas, distinguiéndose al efecto entre las menores de 14 años, a quienes el ordenamiento jurídico chileno no les reconoce autonomía para tener relaciones sexuales y cuya voluntad debía estar acompañada de la de su representante legal. Respecto de las mayores de 14 y menores de 18 años, se reconoció su voluntad para decidir si deseaban continuar o no su embarazo en caso de encontrarse en alguna de las tres causales.

## *2.2 Sistema de causales vs. Plazo*

Un aspecto clave del trabajo prelegislativo consistía en tener claridad sobre cual era el mandato legislativo. En el caso del diseño legal, era fundamental tener presente que el proyecto de ley debía regular tres causales específicas que habían sido previamente descritas en el programa de gobierno.

Es así como el proyecto de ley reguló como primera causal el riesgo de vida de la mujer, la que es en sí misma restrictiva. Basta hacer una rápida revisión del derecho comparado para darse cuenta que los países que regulan causales, en general incluyen dentro de la primera causal no solo el riesgo de vida de la mujer, sino que también la afectación a su salud. Por ejemplo, en el caso de Perú, se indica que no es punible el aborto “si es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar

en su salud un mal grave y permanente” (artículo 119 Código Penal). En esta línea, en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia se estableció que se puede interrumpir un embarazo cuando la continuación del mismo “constituya peligro para la vida o la salud de la mujer (Sentencia C-355 del 2006). Lo mismo sucede en el caso de Bolivia y Argentina, entre otros.

En cuanto a la redacción misma de la causal, esta sufrió modificaciones durante la tramitación. Originalmente, el proyecto de ley señalaba que “la mujer se encuentre el riesgo vital, presente o futuro, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida”.<sup>3</sup> La expresión “presente o futuro” tenía el sentido de aclarar que no era necesario esperar que la mujer se estuviese muriendo para poder intervenir, descartando de esa forma la restricción de esta causal a la teoría del doble efecto. Dicha expresión generó debate en la discusión parlamentaria, ya que muchos advirtieron que todos estamos expuestos al riesgo futuro de la muerte por la sola condición humana, de forma tal que podía ampliar la aplicación de la causal. Por lo mismo, se optó por eliminar dicha expresión, pero quedando clara en la tramitación que la causal no requería de la muerte inminente de la mujer para intervenir.

En relación con la segunda causal, siempre se entendió que la misma abarcaba la inviabilidad fetal. La redacción de esta causal cambió en todos los trámites constitucionales, pero los cambios se hicieron con la finalidad de que la forma en que la causal estaba descrita, fuera lo suficientemente precisa para dar cuenta que esta incluía solo aquellos diagnósticos en que no había posibilidad de sobrevivencia del feto después del embarazo. Por ejemplo, según la Sociedad Chilena de Pediatría se podría haber utilizado la expresión “Alteraciones Congénitas de Mal Pronóstico Vital” para referirse a las patologías que pretendía regular el proyecto de ley, porque la expresión “incompatible con la vida extrauterina podía generar confusiones porque a veces se la observado la sobrevivencia de horas, días o meses del feto una vez nacido.”<sup>4</sup> En definitiva, el Congreso Nacional aprobó la siguiente redacción: “El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.”<sup>5</sup>

Era importante tener claridad sobre el ámbito de los diagnósticos que abarcaba la causal y asegurar que la redacción fuese coherente con dicho ámbito, porque esta causal muchas veces fue indicada como aquella que iba a permitir que se abortaran niños con Síndrome Down, lo que era considerado como acción eugenésica. Esa nunca fue la intención del proyecto de ley y la redacción aprobada es clara en el sentido de que la causal no incluye cualquier tipo de malformación genética.

Finalmente, la tercera causal era la de violación y por lo precisa de su redacción, no sufrió modificaciones durante la tramitación.

La importancia de las tres causales, no solo radicaba en que su redacción fuese apropiada para dar cuenta del ámbito de aplicación de las mismas, sino que también tenía un efecto comunicacional determinante. Las personas y organizaciones que se oponían a este proyecto de ley buscaron obviar las causales, de forma tal de generar la sensación de que este proyecto de ley era una iniciativa sobre el “aborto libre”, que en nada se diferenciaba con otros países donde la interrupción del embarazo se

3 Ver mensaje presidencial en [https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=10315&prmBoletin=9895-11](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10315&prmBoletin=9895-11)

4 Astete, Carmen Paz; Román, Begoña. Aspectos éticos del aborto (o interrupción voluntaria del embarazo) por malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, pp. 315-332. Publicado en “Aborto y Derechos Reproductivos. Implicancias desde la Ética, el Derecho y la Medicina, editores Salas, Sofía; Zegers, Fernando; Figueroa, Rodolfo, Editorial Universidad Diego Portales, 2016, p. 321.

5 Ver la ley N.º 21.030.

utiliza como método anticonceptivo (siguiendo la línea argumentativa de estas organizaciones). De esta forma, en la medida que las causales desaparecieran de la discusión, probablemente existirían pocas posibilidades de aprobar el proyecto de ley. Por lo mismo, una parte importante del trabajo comunicacional que se hizo con el proyecto de ley consistió colocar, no solo a la mujer en el centro del debate, sino en recordar en forma constante y regular que esta iniciativa regulaba tres causales. En gran parte, es por eso que el proyecto de ley fue popularmente conocido como “las tres causales”.

### *2.3 Necesidad de regular de forma diferenciada la realidad de las niñas y adolescentes*

Otro de los elementos básicos que conformaron el trabajo prelegislativo, y que quedó plasmado, desde su origen, en el proyecto de ley, consistía en regular en forma diferenciada la manifestación de voluntad de las niñas, adolescentes y mujeres. Esta inquietud estaba basada en el reconocimiento del principio de la autonomía progresiva, mediante el cual entendíamos que hay una diversidad significativa de mujeres que pueden estar expuestas a las tres causales, en particular a la causal de violación. No correspondía entonces que la ley homogeneizara la forma en que se manifestaba la voluntad de dichas mujeres, entendiendo que la diferenciación viene dada por el entendimiento que podían tener una niña, adolescentes o mujer del proceso que estaba viviendo y de las consecuencias de la decisión que se adoptaran. El ejemplo más claro está en diferenciar la forma en que una mujer mayor de 18 años enfrenta la decisión de continuar o interrumpir un embarazo, a como lo haría una niña menor de 14 años. A su vez, existía preocupación de que las niñas y adolescentes contaran con alguien de confianza que las pudiese apoyar en este complejo proceso.

Junto con el reconocimiento del principio de la autonomía progresiva, existían dos regulaciones legales que se consideraron antecedentes significativos para regular este tratamiento diferenciado.

Por un lado, la ley N.º 20.418 que Fija las Normas sobre Información, Orientación y Prestaciones en Materia de Regulación de Fertilidad establece las normas de acceso a la píldora del día después. En este contexto, la ley distingue entre las mujeres menores y mayores de 14 años. En relación con las niñas menores de 14 años, se señala que el facultativo o funcionario que entregue método anticonceptivo de emergencia, deberá informar, posteriormente, al padre o madre de la menor que se ha hecho entrega de dicho medicamento, o a un adulto responsable que la menor señale. En cambio, cuando la persona que solicita la píldora del día después es una adolescente o mujer mayor de 14 años, ella puede acceder a la misma sin exigencias de ningún tipo (artículo 2).

Por otro, y particularmente en el caso de la causal de violación, el Código Penal regula el tipo penal en forma diferenciada dependiendo si estamos o no frente a una niña menor de 14 años. En términos generales, el Código Penal establece en su artículo 361 que comete delito de violación quien accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal a una persona, siempre que concurren los casos específicamente identificados en la ley, consistentes en (1) que exista fuerza o intimidación; (2) que la víctima se halle privada de sentido o exista aprovechamiento de su incapacidad para oponerse y (3) cuando se abuse de la enajenación o trastorno mental de la niña. Estas situaciones específicas no son aplicables cuando estamos frente a una niña menor de 14 años, lo que significa que siempre que exista acceso carnal vía vaginal anal o bucal, estaremos frente a un caso de violación. En otras palabras, por regla general, el ordenamiento jurídico nacional establece que las niñas menores de 14 años no son capaces de manifestar su voluntad para tener relaciones sexuales consentidas, por lo que si llegase a existir ese tipo de interacción, ellas serán consideradas víctimas del delito de violación, sea cual sea la circunstancia.

Tomando estos elementos en consideración, el proyecto de ley establecía diferentes exigencias vinculadas a la manifestación de voluntad, dependiendo si nos encontrábamos frente a una niña menor de 14 años, a una adolescente mayor de 14 años pero menor de 18 años, o mujeres mayores de 18 años.

En el caso de las niñas menores de 14 años, el proyecto de ley original exigía que junto con la voluntad de la niña, existiese también la autorización de un representante legal, y si había más de uno, sería la niña la que decidiría a quien se le pedía la autorización. Esta regulación claramente era más exigente que los requisitos que el ordenamiento jurídico contempla para la entrega de la píldora del día después, donde solo basta informar a un familiar o adulto responsable después de la entrega del fármaco. Acá se optó por aumentar el estándar porque el bien jurídico objeto de afectación es diferente, en el sentido de que en el caso del proyecto de ley de las tres causales, existía un ser en gestación, por lo que el impacto de la decisión es mayor.

En el caso de las adolescentes mayores de 14 años, pero menores de 18 años, el proyecto de ley se debe contar con su voluntad, y se exige adicionalmente que esa voluntad sea informada a su representante legal, y, nuevamente, si había más de un representante, la adolescente podía elegir a quien informar.

En el caso de las mujeres mayores de edad, bastaba con la voluntad de las mismas para acceder a la interrupción del embarazo, siempre recordando que esa mujer se debe encontrar en alguna de las tres circunstancias que el proyecto de ley regula.

Es importante tener presente que a pesar de que el tratamiento es diferenciado, las tres regulaciones comparten un factor común: siempre se requiere la voluntad de la niña, adolescente o mujer para que se proceda a la interrupción del embarazo. En este sentido, la regulación diferenciada incluye exigencias adicionales en el caso de las niñas y adolescentes, pero jamás se puede proceder a dicha interrupción en contravención a la voluntad de las mismas.

A su vez, desde sus orígenes el proyecto de ley tomaba resguardos para evitar que estas exigencias adicionales que se imponían a las niñas y adolescentes, no las expusiera a riesgos, principalmente considerando que existe una alta posibilidad de que en los casos de violación, el representante legal sea derechamente el violador (sería el caso del padre o padrastro) o encubridor de la situación de abuso sexual que se vive al interior del hogar, que podría ser el caso de la madre. La doctora Andrea Huneus participó en múltiples instancias de la tramitación del proyecto de ley donde explicó que alrededor del 66% de las embarazadas por violación son adolescentes de 18 o menos años, el 12% son menores de 14 años y el 7% menores de 12 años, y que en hasta un 92% de estas violaciones con resultado de embarazo, el violador es un familiar o conocido.<sup>6</sup> Por lo mismo, si informar al representante legal sobre la decisión de interrumpir un embarazo exponía a la adolescente a riesgos de abandono, desarraigo, violencia, u otros, el proyecto de ley consideraba que se podía optar por informar a un tercero responsable. En el caso de las niñas menores de 14 años, la exigencia era mayor. Si se identificaban esos riesgos, se debía recurrir a los Tribunales de Familia para obtener una autorización judicial sustitutiva.

---

<sup>6</sup> Ver Huneus, Andrea. “Epidemiología del embarazo por violación”, pp. 333-340. Publicado en *Aborto y Derechos Reproductivos. Implicancias desde la Ética, el Derecho y la Medicina*, editores Salas, Sofía; Zegers, Fernando; Figueroa, Rodolfo, Editorial Universidad Diego Portales, 2016.

## 2.4 No judicializar

Quienes se encuentran en alguna de las tres causales viven situaciones críticas que requieren de una acogida por parte del sistema de salud, no de un proceso judicial. Si bien pueden existir elementos que el derecho debe regular, lo cierto es que el rol que debían jugar los tribunales debía ser secundario.

Para hacer operativa esta definición existían dos elementos determinantes. En primer lugar, la normativa que se promoviera debía ser capaz de guiar el comportamiento de los operadores sanitarios y de las mujeres. No bastaba con fórmulas genéricas, sino que se requería de algún grado de precisión. La indefinición generaría confusiones que harían complejísima la posterior implementación de la ley, pues no debía perderse de vista el efecto que habían dejado la penalización sin excepciones y la clandestinidad.

Fue necesario entonces regular las formas de acreditación de las causales. Si el sistema patriarcal no fuera el telón de fondo de la discusión, para la procedencia de las causales habría bastado con la declaración o voluntad de la mujer indicando que estaba en alguna de las situaciones descritas. No obstante, esta no era una opción posible, pues a poco andar se hizo evidente que, junto con la manifestación de voluntad de la mujer, se requeriría que un tercero validara la concurrencia de la causal. La pregunta entonces era quién estaba llamado a realizar tal tarea.

La respuesta a esta inquietud se encontró dentro del propio sistema de salud. Si se trataba de dotar de certeza, debía existir un procedimiento de acreditación acorde a la naturaleza de cada causal. El mensaje presidencial establecía la necesidad de la existencia de un diagnóstico y su posterior ratificación por otro médico/a para la primera y segunda causal. Para la tercera se dispuso que “un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, evaluará e informará la concurrencia de los hechos que la constituyen. En el cumplimiento de su cometido dicho equipo deberá dar y garantizar a la mujer un trato digno y respetuoso.”

Como puede apreciarse, esta definición prescindía de una ratificación por parte de tribunales. La experiencia comparada en este sentido ratificaba esa definición. Por ejemplo, en el Código Penal Argentino regula el aborto terapéutico o por la causal salud, y cuando el embarazo es resultado de violencia sexual. Esta normativa ha sido interpretada de múltiples maneras por los tribunales de primera instancia, los cuales no siempre han tenido en consideración los derechos de las mujeres al resolver. Tanto es así que la Corte Suprema Argentina debió aclarar tanto la extensión de la causal –no solo las mujeres con deficiencia mental podrían invocar la causal de violación–, sino también la improcedencia de que los médicos requirieran autorización judicial para realizar esta clase de abortos y la obligación de los jueces de garantizar los derechos de las mujeres y comprender que su intervención no puede convertirse en un obstáculo para estos sean ejercidos.<sup>7</sup> La sola existencia de este pronunciamiento da cuenta de la complejidad que reviste la consideración de la asignación a tribunales de un rol en la constatación de la procedencia de las causales.

En segundo lugar, la regulación de causales permitía la existencia, valga la redundancia, de una causal de justificación de una determinada conducta. Esto implicaba que las conductas normadas dejaban de ser delito y quienes las realizaran estaban amparadas por el derecho para hacerlo. En oposición, estaba la alternativa suscrita por algunos sectores que promovían simplemente la generación

---

7 Corte Suprema Argentina. Caso “A. F. s/medida autosatisfactiva”, marzo de 2012.

de una causal de exculpación. En términos sencillos, la interrupción del embarazo en las tres causales continuaría siendo un delito, pero si una mujer lo hacía, correspondía a un tribunal eliminar o rebajar la pena. Como contracara, no existía una prestación sanitaria, sino un perdón expost interrupción del embarazo en sede judicial.

La regulación como una causal de justificación permitía la existencia de una prestación sanitaria y la asignación de recursos para los hospitales. La alternativa –causal de exculpación– de alguna manera mantenía el status quo pues no regulaba la prestación sanitaria. Los riesgos de este diseño eran múltiples: (i) no se garantizaba el efectivo acceso de las mujeres al sistema de salud; (ii) la falta de regulación clara de una causal de justificación era un aliciente para la mantención de un mercado clandestino y desregulado de interrupción del embarazo; y (iii) se continuaba reproduciendo la inequidad en el acceso a la salud condicionándolo al poder adquisitivo de quienes estuvieren en alguna de las causales.

## *2.5 Prestación sanitaria efectiva*

Un quinto elemento que fue esencial en el diseño del proyecto de ley, fue la regulación de las normas que debían aplicarse para efecto de asegurar una prestación sanitaria efectiva. Tal como se señaló con anterioridad, este proyecto de ley no regulaba cualquier tipo de situaciones, sino que abarcaba tres circunstancias complejas que daban cuenta de experiencias de vida trágicas que viven algunas mujeres. Tomando en cuenta este factor, no era posible que la respuesta que el Estado le diera a las mujeres que estaban sobrellevando estas circunstancias se limitara a ser una respuesta del poder punitivo del Estado, que implicara únicamente la posibilidad de que la mujer que interrumpía el embarazo por una de las tres causales no iba a ser sancionada penalmente por el delito de aborto.

Considerando lo recién expuesto, el enfoque central de este proyecto de ley debía estar radicado en la atención sanitaria. No bastaba con no tratar a las mujeres como delincuentes y cerrar los ojos frente a la realidad de cómo iba a interrumpir esos embarazos, en el caso que esa fuere su decisión. Debía idearse un sistema que permitiera que las mujeres que encontrándose en alguna de las tres causales tuviesen dudas sobre la continuación de su embarazo, se atrevieran a acercarse a los centros de atención de salud para revisar su situación. Esta conexión con los centros de atención de salud cumple múltiples propósitos de gran relevancia. En primer lugar, permite que las mujeres tengan información profesional sobre la situación en la que se encuentran, factor que es esencial para poder tomar una decisión apropiada. En segundo lugar, y conectado con lo anterior, permite que las mujeres tengan un espacio para tomar una decisión con calma, idealmente reflexionada. Finalmente, asegura que las mujeres que optan por la interrupción del embarazo no van a poner sus vidas o salud en riesgo por esa decisión, ya que esta intervención se realizará en condiciones óptimas de atención sanitarias.

En definitiva, condenar a las mujeres a la clandestinidad, que es el resultado de no asegurar la prestación sanitaria en estos casos, muchas veces implica, no solo exponer a las mujeres a riesgos sanitarios por la falta de condiciones higiénicas para hacer la interrupción del embarazo, sino que la clandestinidad también aísla a esas mismas mujeres, lo que puede afectar negativamente la posibilidad de tomar una decisión tan importante, negándoles las herramientas necesarias para entender tal decisión y la tranquilidad que pueda dar el entorno para que la decisión sea consciente. Lo anterior solo se logra ofreciendo una atención sanitaria profesional.

Fue por eso que durante la discusión legislativa se defendió con tanto compromiso la necesidad de regular las normas sanitarias y asegurar que la red pública de salud del país asegurara esta prestación médica.

La revisión de la aplicación de las causales en el derecho comparado también nos dio fundamentos sólidos para optar por incluir dentro del Código Sanitario la interrupción del embarazo en tres causales, y no simplemente modificar el delito de aborto en el Código Penal. En este marco, se tomó en consideración las dificultades que existieron en Colombia para implementar en la atención de salud un fallo constitucional que estableció la constitucionalidad de las tres causales, pero que no reguló la forma en que esas causales debían ser ofrecidas en el sistema sanitario. En todo caso, el fallo no reguló dicho aspecto porque no le correspondía a la Corte Constitucional realizar esa labor. Igualmente, estaba presente la experiencia peruana, país que a diferencia de la experiencia colombiana, reguló las tres causales mediante un debate parlamentario, pero este se limitó a modificar el Código Penal para incluirlas como excepciones al delito de aborto. Como la regulación se restringió al aspecto netamente punitivo, por largos años no existió una regulación que estableciera las normas para implementar las causales en el ámbito sanitario, lo que generó evidentes problemas de aplicación que finalmente fueron subsanadas por la dictación tardía de un reglamento sanitario. Es esa misma incertidumbre y problemas de aplicación las que nos llegaron a regular las normas generales sobre la atención sanitaria en la ley misma, y dejar los detalles técnicos operativos para un reglamento que se debía dictar dentro de un plazo de 3 meses una vez publicada la ley.

A su vez, esta regulación también tomó como antecedente relevante la propia historia de nuestro país. Es importante recordar que la regulación de causales para interrumpir un embarazo no es ajena a nuestro ordenamiento jurídico, y que las normas que estuvieron vigentes entre 1931 y 1989 estaban reguladas en el Código Sanitario.

## *2.6 Objeción de conciencia*

La objeción de conciencia es un elemento que habitualmente surge en las discusiones sobre derechos sexuales y reproductivos. Ya sea tratándose de la entrega de anticoncepción o en las hipótesis de aborto, esta es una materia donde los distintos sistemas jurídicos han regulado como la contra cara al ejercicio de la autonomía de las mujeres en estas materias.

La existencia de un contexto mundial en el que la despenalización del aborto habitualmente estaba acompañada de la regulación de la objeción de conciencia determinó su incorporación de esta materia desde un primer minuto en el proyecto de ley. Siguiendo el criterio imperante de dotar de certeza a los operadores del sistema sanitario y a las mujeres que pudiesen encontrarse en cualquiera de las causales, era indispensable que existiera claridad respecto de quiénes podían ser objetores, cómo y cuándo podían hacerla valer y qué mecanismos de resguardo existirían para las mujeres que buscaran ser atendidas.

El mensaje reguló la posibilidad de que el médico/a requerido para interrumpir el embarazo pudiera abstenerse de realizarlo objetando en conciencia. El objetor no debía justificarse, pero debía manifestarlo en forma previa y escrita al Director/a del establecimiento de salud, además de informarle que la paciente requiere ser derivada para su atención. Junto con estos deberes de información—indicar que es objetor y que la paciente requiere derivación—, se estableció el deber del establecimiento de salud de derivación en forma inmediata de la paciente a otro médico que pudiera realizarlo. Por último

se estableció que en caso de que la mujer requiriera atención médica inmediata e impostergable, quien hubiere manifestado objeción de conciencia no podría excusarse de realizar la interrupción del embarazo en la medida que no existiera otro(a) médico(a) cirujano(a) que pudiera realizar la intervención.

Esta regulación suponía que el médico/a llamado a interrumpir el embarazo podía legítimamente ejercer su objeción, considerándola como una manifestación concreta del derecho a la libertad de conciencia que tienen todos los seres humanos. Ahora bien, tal derecho está sujeto al ejercicio de limitaciones que supone el pleno goce y respeto de todos los derechos fundamentales. Luego, su ejercicio debía conjugarse con el derecho a la salud, a la vida, a la integridad y la privacidad de una mujer que se encontrara en alguna de las causales. Por tanto, existía la obligación de avisar en forma previa, pues era determinante que el sistema de salud pudiera conocer ex ante los profesionales de la salud con los que contaba; y la necesidad de establecer que, ante la posibilidad de que no hubiere ningún otro médico/a y la mujer requiriera de una atención médica impostergable, la objeción de conciencia cediera ante la posibilidad de perjuicio para la vida o la integridad de la mujer.

La objeción de conciencia fue la sección del proyecto que más modificaciones sufrió desde su presentación hasta su aprobación en el Congreso y, en un grado superlativo, en la revisión de su constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Si bien durante el primer trámite constitucional se realizaron consultas, lo cierto es que no sufrió grandes modificaciones hasta que el proyecto fue estudiado en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (en adelante la Comisión de Constitución). En esta se amplió la objeción de conciencia desde el médico que era llamado a interrumpir el embarazo al “resto del personal profesional al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención.”<sup>8</sup> Correlativamente, se extendieron los deberes de información –tanto de la condición de objetante, como de la necesidad de derivar a la paciente– a todos los profesionales que no habían sido incluidos en el mensaje y se explicitó que “la objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso puede ser invocada por una institución.”<sup>9</sup>

El mensaje consideraba que dada la naturaleza de la institución de la objeción de conciencia, esto es, una dispensa para el cumplimiento de la ley, esta debía ser regulada restrictivamente, comprendiendo su excepcionalísima naturaleza. Luego, se consideró el grado de afectación moral de quienes estaban involucrados y se determinó que solo podría ser objetor quien estuviera llamado a realizar personalmente la interrupción del embarazo. Esta definición era, además, acorde con la responsabilidad civil y penal que potencialmente le asiste a un médico/a en la relación con cualquier prestación de salud. La Comisión de Constitución no compartió este criterio y consideró que era necesario extender la posibilidad de ser objetor de conciencia a otros profesionales que se encontraran dentro del pabellón. Esta ampliación, no obstante, se acotó a un lugar preciso, el pabellón. No extendió ni al diagnóstico ni a otras prestaciones sanitarias o interacciones con las mujeres distintas de la interrupción del embarazo. Por último, se precisó el carácter personal de la institución y se negó la posibilidad de que tuviera uno de tipo institucional.

Estas definiciones fueron superadas en el fallo del TC, el que declaró inconstitucional algunas palabras del fallo y, con esta acción, cambió el sentido de lo aprobado por el Congreso.<sup>10</sup> En particular,

---

8 Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de la República. Segundo trámite constitucional, p. 231.

9 Ibid.

10 Tribunal Constitucional. Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la



amplió la objeción de conciencia a todo el personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención. Lo más complejo está ligado a la eliminación de la expresión “en ningún caso”, pues con ello se alteró radicalmente la intención del legislador de impedir la posibilidad de la objeción de conciencia institucional, a hacerla plenamente procedente. Por último, el TC también declaró inconstitucional la necesidad de atención por parte de un médico/a objetor de una mujer que estuviera en la causal de violación cuando fuese inminente el vencimiento del plazo legal para la interrupción del embarazo.

En relación a la objeción de conciencia institucional el TC indicó que: “[P]ueden hacerla valer las instituciones religiosas, personas jurídicas o entidades con idearios confesionales que se proyectan hacia el ámbito de la salud, al amparo del artículo 19, N.º 6, constitucional. Como también les es dable oponer la objeción de que se trata a los establecimientos educacionales con una función e ideario en el sentido indicado, de conformidad con el artículo 19, N.º 11, de la Carta Fundamental.”<sup>11</sup>

El artículo 19 N.º 6 regula la libertad de conciencia<sup>12</sup> mientras que el 19 N.º 11 la libertad de enseñanza.<sup>13</sup> El fallo también hace referencia en su fundamentación a la autonomía de los cuerpos intermedios. A pesar de que la argumentación para la procedencia de la objeción de conciencia institucional en el fallo es más bien magra, lo cierto es que la redacción final del texto debe ser interpretada como un derecho al que solo podrían acogerse instituciones que tengan un ideario que justifique su procedencia. Igualmente, si los deberes de información y derivación son exigibles a las personas, también debieran serlo para las instituciones. El último término, quienes objetan están autorizados para hacerlo pues el derecho considera relevante la afectación que le produciría realizar una conducta que, sin mediar la dispensa que se les otorga, les sería exigible. Por tanto, su reconocimiento no puede devenir en una forma de perjudicar a las mujeres que, encontrándose en una de las tres causales, decida interrumpir su embarazo.

### 3. Acompañamiento

A diferencia de todos los elementos antes explicados que fueron básicos y claves al momento de redactar el proyecto de ley, y por lo mismo la defensa que hicimos de aquellos durante el debate legislativo fue

---

cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín N.º 9895-11. Rol 3729-17, p. 133.

11 Ibid., Considerando centésimo trigésimo sexto, p. 130.

12 Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 6.º.- La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas. Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor. Los templos y sus dependencias, destinados exclusivamente al servicio de un culto, estarán exentos de toda clase de contribuciones;

13 Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 11.º.- La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político partidista alguna. Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos. Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley, del mismo modo, establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel;

esencial para el curso de la tramitación, el acompañamiento también fue parte de estos elementos, pero no habían normas sobre este tema en el texto que ingresó al Congreso Nacional. A pesar de lo anterior, la idea de regular un acompañamiento fue discutido internamente desde el primer momento del trabajo prelegislativo, y por lo mismo, había claridad sobre cuáles debían ser los elementos.

La primera idea central sobre el acompañamiento consistía en validar la importancia del mismo. Este proyecto de ley regulaba tres causales que tienen orígenes muy diversos, pero comparten el hecho de que las mujeres que se encuentran en cada una de esas situaciones viven una experiencia de vida extrema, por lo que podrían requerir apoyo profesional para poder sobrellevarlas. Este apoyo profesional se justifica con independencia de que la decisión de la mujer sea continuar con el embarazo o interrumpir el mismo. En este sentido, un sistema de acompañamiento era una contribución al proyecto de ley.

La consideración a las tres causales también repercutía en otro sentido en relación con el acompañamiento. Tener apoyo profesional podía estar justificado, pero las preguntas siguientes consistían en definir para qué se daba este apoyo y cuáles eran las condiciones del mismo.

En relación con esa primera pregunta –¿para qué va a existir el acompañamiento?– el acompañamiento no podría tener por función intentar influir en la voluntad de la mujer para persuadirla a continuar con el embarazo. Este no era y no es un acompañamiento disuasivo, sino que el acompañamiento se planteaba como apoyo profesional que iba a estar disponible para las mujeres que vivieran alguna de las tres causales reguladas en el proyecto de ley. En este sentido, a lo largo de la tramitación legislativa constantemente se diferenció la propuesta de acompañamiento del proyecto de ley chileno con el sistema de Consejería Forzosa que existe en Alemania, ya que para muchos la idea de un acompañamiento y una consejería parecían similares. En el caso de Alemania, la Consejería Forzosa es una instancia obligatoria por la que tienen que pasar todas las mujeres que recurran a los centros de salud solicitando la realización de un aborto. La gran diferencia con el proyecto de ley que estábamos tramitando, es que en Alemania la Consejería Forzosa se impone en una regulación a plazo, es decir, la mujer no está obligada a manifestar algún interés o inquietud particular para solicitar una interrupción del embarazo, sino que basta con que se encuentre dentro del límite de tiempo legal para que pueda acceder al mismo, previa realización de esta Consejería Forzosa. Pero cuando la mujer no solicita un aborto bajo el sistema de plazos, sino que se encuentra en alguna causal determinada, la Consejería Forzosa no se aplica porque se entiende que el interés público protegido varía por estas nuevas circunstancias.

Conectado con lo anterior, una segunda pregunta debía dilucidar cómo se aplicaría el acompañamiento. Si éste sería concebido como un apoyo profesional para las mujeres que viven alguna de estas tres causales, sea cual sea la decisión que adopten sobre la materia, pero no como un requisito previo para acceder a la interrupción del embarazo, la conclusión lógica era que el acompañamiento debía ser ofrecido a estas mujeres, pero no impuesto. Por lo mismo, desde sus orígenes el acompañamiento fue de carácter voluntario, no obligatorio. Esto es relevante porque el acompañamiento incluye, por ejemplo, apoyo psicológico. A pesar de que para una persona, en este caso una mujer, podía ser positivo contar con apoyo psicológico si está viviendo una situación crítica en su vida (alguna de las tres causales), éste solo será efectivo en la medida que la mujer esté interesada en ser asistida y tenga el compromiso e intención de participar de ese proceso. Si no existen esos elementos, el apoyo va a ser nulo. Por lo mismo, era contrario al sentido original de este diseño institucional el hacer un acompañamiento obligatorio.

Todos estos elementos que inspiraron el diseño original del acompañamiento, que fue incluido formalmente en el proyecto de ley durante la discusión ante la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, se mantuvieron en la regulación que finalmente fue aprobada en el Congreso Nacional.

#### **4. Algunas estrategias exitosas**

La ley N.º 21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, su diseño inicial, su tramitación ante el Congreso y su defensa ante el Tribunal Constitucional y, por sobre todo, el hecho que exista una ley, fue el resultado de muchísimo trabajo y acumulación de fuerzas; no solo de quienes tuvimos la misión de llevar adelante el compromiso programático del Gobierno en esta materia. Muy por el contrario, solo hemos sido un eslabón más dentro de una cadena intergeneracional de mujeres y hombres que creyeron que era indispensable cambiar el estatus quo heredado por la dictadura.

La conciencia de este contexto adverso, lejos de constituir un elemento de desaliento, era un llamado al diseño de una estrategia efectiva. Las suscritas habitualmente decíamos que esta ley no había sido escrita, sino bordada. Bordar es una actividad tradicionalmente femenina. Habitualmente se la ve como la manifestación de una manualidad sencilla, que se hace en los tiempos libres y su destino es, habitualmente, adornar o cobijar el hogar. Esta acción, mirada con los ojos de quien no la ha realizado, puede parecer una tarea puramente intuitiva, pero no lo es.

Lejos de aquello, el bordar supone un diseño previo y un objetivo claro. Se define qué se bordará, se dibuja, se eligen los colores, se compra el material, se define el tipo de putada que se dará. Se busca una tela y se la coloca en el telar; luego comienza la tarea de confeccionar, punto a punto, cada una de las partes. Cuando se comete un error, lejos de continuar avanzado, se borran los puntos que estuvieron mal y se vuelve a comenzar.

Al igual que un bordado, la conciencia de las complejidades de la materia y la posibilidad cierta del fracaso determinaron que desde el primer día se diseñara una estrategia legal que distinguió objetivos, principales y secundarios, etapas, identificación de actores relevantes e interlocutores fuera y dentro del Congreso y del Tribunal Constitucional y estrategias de diálogo, relación con los medios, presentación de un discurso y límites de la negociación. Lo anterior fue, además, el resultado del estudio de todos los proyectos de ley presentados para despenalizar el aborto en Chile desde el '90 al 2014, los fallos de nuestros tribunales, los estándares en materia de derechos humanos, los fallos de los principales tribunales constitucionales en el mundo, el derecho comparado y la doctrina nacional e internacional más relevante.

Pero no solo miramos los textos, miramos las experiencias. En ninguna latitud del mundo la despenalización del aborto, ya fuese bajo un sistema de plazos o de causales, o un híbrido entre ambas fórmulas, fue fácil. A contrario sensu, Parlamentos o Tribunales Constitucionales fueron el escenario de encarnizados debates, donde ningún sector dio tregua al otro.

Un cúmulo de estrategias de trabajo fue efectivo y estas pueden resultar de interés para quienes, respetando las reglas del debate parlamentario y constitucional, quieran bogar por los derechos de las mujeres. A continuación presentamos algunas de ellas.

##### *a. Derecho Internacional de los Derechos Humanos*

El proyecto de ley encontraba fundamento sólido en el derecho internacional de los derechos humanos. Si bien no existe una mención explícita al aborto como un derecho, ciertamente si lo es el derecho a la

vida, la integridad física y psíquica, la dignidad, la igualdad y la salud. Y para todos ellos contábamos con sentencias, recomendaciones, observaciones generales y otros instrumentos que nos permitían sostener no solo la legitimidad de las tres causales conforme con el derecho internacional de los derechos humanos, sino la ilegitimidad del estado de cosas constitucional y legal en Chile. A fortiori, y casi como si fuera un mantra, en cada defensa y en cada declaración, replicamos que la voluntad de la mujer y sus opciones de vida estaba en el centro de la normativa proyectada y que tenía un respaldo sólido en el derecho internacional de los derechos humanos.

### *b. Mirar la realidad y no los estereotipos*

El debate parlamentario estuvo profundamente cargado de estereotipos acerca de quiénes son las mujeres que abortan en Chile. Este hecho era evidente especialmente para la segunda y tercera causal.

La violación en nuestro país es representada en el ideario colectivo habitualmente bajo dos supuestos. En el primero, un atacante no identificado y desconocido para la víctima, quien será, habitualmente, mujer, la aborda en la noche o en un lugar deshabitado y, en un acto de violencia único, la viola. En el segundo, la víctima, nuevamente, una mujer, indica que fue violada, pero en realidad estamos en presencia de una relación sexual consentida cuya voluntariedad ella posteriormente desconoce. Reza decir que ambas representaciones fueron invocadas por los parlamentarios. Para la primera, la solución era simplemente el recurso a la píldora del día después o anticoncepción de emergencia. Para la segunda, solo resta asumir la propia debilidad de carácter y género con hidalguía. En el caso de ambos, la víctima debía tener una conducta ideal donde denunciaba de manera inmediata, se comportaba de forma tal que mantenía toda la evidencia posible y pedía profilaxis y medicación para prevenir el contagio de ITS de forma inmediata.

No obstante, lo cierto es que la realidad estaba bastante alejada de aquellos imaginarios. Existe una cifra negra de violencia sexual en nuestro país, pues en la mayoría de estos ataques median relaciones de afecto que hacen que sea complejo para las víctimas el camino de la develación de la violencia sexual. El atacante no es un desconocido, en un sitio eriaz; no es único acto de violencia. Es alguien que estaba llamado a protegerla y que la agredió abusando de la intimidad y el afecto que media en las relaciones de familia. En las cifras, por ejemplo de carabineros o del Ministerio Público, la mayoría de las víctimas son mujeres y menores de edad, y dentro ellos, niñas.

En el caso de la segunda causal, los estereotipos o imaginarios colectivos minimizaban el dolor de las mujeres y las infantilizaban indicando que, dado su estado emocional, no podían tomar una decisión acerca de si continuar o no con el embarazo. Se miraba el embarazo en un enfoque aislado, que no lo reconocía como un fenómeno físico, biológico emocional y cultural. Despojada de estos elementos, la respuesta de quienes se oponían a reconocer a las mujeres la posibilidad de definir si deseaban o no continuar su embarazo, presentaba como única alternativa la continuación del embarazo como un acto heroico, como la vivencia de una maternidad sincera y correcta donde el Estado debía proveer a esas mujeres de apoyo psicológico para superar la situación con más comodidad.

Los estereotipos que se presentaron fueron permanentemente expuestos en la tramitación legislativa. Esta acción impidió que el debate fuera reconducido hacia supuestos fácticamente equívocos, o que diera lugar a elaboradas formas de discriminación. En este punto cabe destacar que

durante las audiencias hubo mujeres que, ya fuesen que estuvieren a favor o en contra del proyecto, tuvieron el coraje de desnudar su intimidad y narrar en primera persona el drama que cada una de las causales buscaba regular. Este hecho, mostrar la realidad de las mujeres concretas, no dejó impávidos a los parlamentarios, quienes no pudieron soslayarlas al momento de justificar sus posiciones y de votar.

### *c. Cargas mutuamente exigibles en una sociedad democrática y un discurso empático*

Si bien existía un escenario político adverso, existía una importante y silenciosa adhesión social que, aunque que no comulgaba con un discurso puro y duro sobre autonomía del cuerpo, tampoco con uno donde las mujeres fuesen meras vasijas para la procreación, carentes de cualquier atributo o voz sobre su propio destino. La reivindicación de un discurso pro choice duro sería rápidamente denunciado como un discurso egoísta e individualista. Si bien la autonomía era el supuesto y objetivo, en aras a avanzar en la tramitación la pregunta que debía procurarse se formulara por la sociedad chilena no era una que se basara en la reivindicación de la condición de sujetos, sino una acerca de qué es lo que podemos exigirnos en términos de deberes y sacrificios recíprocos en una sociedad que se construye sobre la base de una noción de pluralismo valórico y cultural. Es decir, ¿es razonable exigir este grado de sacrificio por el peso de las propias convicciones a un tercero? Esta pregunta obligaba, nuevamente, a mirar a las mujeres concretas que se encontraban en las tres trágicas causales, y no a responder desde un vacío moral. Obligaba también a los interlocutores a observar su propia condición, es decir, aquello a lo que él o ella estaba dispuesto a ceder o conceder en favor de un tercero hipotético.

### *d. Identificación de actores claves durante la tramitación legislativa*

La discusión sobre el aborto en Chile no inició el 2014 con la presentación del proyecto de ley. Muy por el contrario, es uno de los debates más antiguos que existen no solo en esta latitud, sino en el mundo. Por tanto, conocer en detalle las principales posiciones que sostenían los actores del mundo de la academia, la medicina, la sociedad y la política era determinante para poder responder en propiedad las inquietudes que surgieran a propósito del proyecto de ley. Igualmente, el conocimiento de los principales agentes de una determinada materia facilita la generación de alianzas.

### *e. El valor del trabajo en equipo*

Los proyectos de ley suelen abordar materias propias de diferentes disciplinas y esta no era una excepción. En la despenalización del aborto en tres causales era necesario responder preguntas en relación a materias sanitarias, penales y constitucionales. Para estos efectos, se generó un equipo de trabajo interministerial donde participaron profesionales de los Ministerios de Salud, Justicia y Derechos Humanos, Secretaría General de la Presidencia y de la Mujer y la Equidad de Género<sup>14</sup>. El proceso de diseño y tramitación, por tanto, fue el resultado de un crisol de miradas profesionales y humanas. Esta diversidad y la presión política propia de este proceso podrían haber conducido a

---

14 En este sentido es necesario destacar la labor de Paz Robledo, Teresa Valdés, Eduardo Álvarez, Yasmina Viera, Yamileth Granizo, Paulina Vodanovich, Ignacio Castillo, Renata Sandrini, William García, Pía Briceño, Valeria Lubbert, Valeria Ortega, Nicolás Facuse, Marcia González, Exequiel Silva, Macarena Lobos, Catalina Lagos, Gonzalo García-Campo, Natalia Morales y María Belén Saavedra.

conflictos que hubieren minado la efectividad del trabajo. Sabíamos que el proceso sería difícil, pero la conciencia de una dificultad es distinta a su vivencia efectiva.<sup>15</sup>

Con esta perspectiva en mente, se trabajó en la generación de condiciones de trabajo idóneas para la cooperación y no la competencia, donde cada uno de los intervinientes pudiera sentirse cómodo colocando su conocimiento y talento en favor y a disposición del proyecto y que recibiera el reconocimiento a la labor realizada. Este elemento fue determinante para mantener un ritmo de trabajo intenso y efectivo durante los tres años y medio de trabajo.

#### *f. En el Congreso: confianza y objetivos mutuos*

Uno de los mayores desafíos que enfrentamos con este proyecto de ley en el Parlamento consistió en poner este tema de discusión en la mesa, esta materia que es evidentemente compleja y conflictiva. Tal como se señaló al inicio del texto, desde la vuelta de la democracia a principio de los noventa se habían presentado casi 30 proyectos de ley que regulaban la interrupción del embarazo, ya sea bajo la modalidad de un sistema de causales o un sistema de plazo. Este proyecto de ley fue distinto a todos los anteriores porque por primera vez se iba a discutir una iniciativa que venía de la Presidencia de la República (todos los otros proyectos de ley presentados eran mociones), y con un compromiso de gobierno que implicaba la posibilidad de usar las urgencias para asegurar que la tramitación no se estancara, de forma tal que la discusión fuese constante y el proyecto de ley siempre estuviese en la tabla de la Comisión que le correspondía tramitarla.

A su vez, contábamos con el factor adicional que las mociones que se habían presentado del noventa hasta la fecha, no habían logrado una tramitación legislativa. Ya en el año 2006 se intentó discutir este tema en la Cámara de Diputados pero en esa oportunidad la Presidencia de la Cámara consideró que el proyecto de ley era inadmisibles por razones de constitucionalidad debido a la afectación del derecho a la vida, así es que no fue puesto en la tabla para que se le asignara una Comisión y se diese inicio a su tramitación. Por otro lado, el 2012 se discutieron otras mociones en la Sala del Senado, pero en esa oportunidad se rechazó la idea de legislar la materia, por lo que nuevamente la tramitación no prosperó.<sup>16</sup>

En definitiva, discutir sobre este proyecto de ley era un enorme desafío que no contaba con antecedentes favorables.

Considerando estos factores recién descritos, el trabajo que debíamos hacer con las Comisiones donde se tramitase el proyecto de ley era fundamental. En este marco, una de las labores que realizó el equipo interministerial fue tener contacto directo con los parlamentarios que formaban parte de la Nueva Mayoría y que integraban las comisiones donde se iba a discutir el mensaje presidencial, de forma tal de asegurar que, en primer lugar, todos tuviesen conocimiento detallado del proyecto de ley, del sentido de su diseño y las razones que lo sustentaban. En segundo lugar, fue fundamental generar instancias de confianzas mutuas para que este equipo pudiese escuchar las observaciones de los parlamentarios sobre el contenido de la iniciativa legal y hacer un genuino esfuerzo para entender

15 Por ejemplo, quienes bogaron por la despenalización del aborto en la Corte Constitucional Colombiana fueron excomulgados/as.

16 Ver proyecto de ley que despenaliza la interrupción del embarazo por razones médicas, Boletín 7373-07; Proyecto de ley que despenaliza el delito de aborto y consagra el aborto terapéutico, Boletín 6845-07; Proyecto de ley que despenaliza el aborto terapéutico, eugenésico o en caso de violación, Boletín 7391-07.

las inquietudes que estaban detrás de dichas observaciones, de forma tal de poder dar una respuesta adecuada a las mismas, pero teniendo claro al mismo tiempo que habían ciertos elementos del proyecto de ley que eran esenciales en su diseño y que no podía mutar, ya que de lo contrario la idea matriz que sustentaba este trabajo se iba a ver afectada. Estos elementos son los que describimos al inicio del artículo.

Un segundo factor clave fue el poner a disposición una gran diversidad de personas y organizaciones para que participaran en las audiencias públicas con que se iniciaba la discusión en general en las Comisiones de Salud y Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados y del Senado. Este trabajo de colaboración estaba inspirado en las propias palabras de la Presidenta Bachelet cuando se firmó el proyecto de ley que iba a ser ingresado al Congreso Nacional, oportunidad en que pidió que “el trabajo legislativo se hiciera con actitud de diálogo, sobre las bases del respeto mutuo y la tolerancia”. El éxito de la tramitación de esta iniciativa se iba a deber, en gran parte, de que hubiese un espacio de reflexión profundo, respetuoso, que permitiese a los parlamentarios y parlamentarias entender a cabalidad el trasfondo de la regulación propuesta. Fue por eso que el equipo interministerial puso a disposición de todas las comisiones nombres de personas y organizaciones que provenían del mundo de la bioética, salud, del derecho, académicos, expertos vinculados a cada una de las causales, iglesias, organizaciones de la sociedad civil e incluso algunos testimonios, todo con el afán de que hubiesen audiencias donde se escucharan personas que tuviesen distintas opiniones sobre el proyecto de ley según sus trayectorias profesionales y experiencias de vida. Al hacer un recuento de la tramitación legislativa, notamos que durante los casi tres años de tramitación se escucharon a más de 200 personas y organizaciones en las audiencias públicas. Sinceramente, no sabemos si hay otro proyecto de ley que desde la vuelta a la democracia haya incluido una participación tan significativa en cuanto a su número de personas y organizaciones en las audiencias públicas, como la que existió en el proyecto de ley de las tres causales.

#### *g. Identificación de actores clave durante la discusión ante el Tribunal Constitucional*

El escenario que enfrentamos ante el Tribunal Constitucional era completamente diferente al del Congreso Nacional, y por lo mismo la forma en que se abordó el proyecto de ley ante esta instancia cambió radicalmente.

En el debate constitucional siempre tuvimos muy presente el desarrollo sobre esta discusión en el derecho comparado, en particular los fallos de las Cortes y Tribunales Constitucionales que se habían pronunciado sobre esta materia. En este sentido, teníamos claridad absoluta que no existía ningún fallo de un tribunal constitucional que se hubiese pronunciado en contra de la constitucionalidad de una regulación sobre interrupción del embarazo basada en un sistema de causales. En otras palabras, la jurisprudencia sobre esta materia unánimemente había votado por el carácter constitucional de las tres causales. Acá destacamos los fallos de Alemania, España, Portugal, Colombia, México, como referentes sobre la materia en cuanto a sus fundamentos.

A pesar de que tener claridad de que los antecedentes constitucionales eran un punto a favor de nuestra postura, era imposible no tener inquietud sobre el resultado de este fallo considerando que el año 2008 el Tribunal Constitucional había dictado una sentencia en la que prohibía la distribución de la píldora del día después debido a su posible efecto abortivo, ya que afectaba el derecho a la vida del ser en gestación, que tendría el estatus de persona según el artículo 19 número 1 de la Constitución Política

de la República.<sup>17</sup> Por lo mismo, existieron 5 elementos clave que se promovieron durante la discusión ante el Tribunal Constitucional, que permitieron diferenciar esta discusión del debate parlamentario y fortalecer la posición del gobierno sobre la constitucionalidad del proyecto de ley recientemente aprobado por el Congreso Nacional.

El primer elemento consistió en enfocar todo nuestro trabajo para recordar que la discusión ante el Tribunal Constitucional no se refería a una cuestión de mérito sobre el proyecto de ley en sí mismo, sino que el debate debía circunscribirse única y exclusivamente a los aspectos de constitucionalidad que habían sido requeridos. La idea central en este caso era que la discusión sobre el mérito de la iniciativa legal se había desarrollado en el Congreso Nacional. Para lograr lo anterior, se contrataron 6 informes el derecho sobre aspectos claves de la discusión constitucional, los que fueron puestos a disposición de los Ministros y Ministras del Tribunal Constitucional para que fuesen considerados en la evaluación de los dos requerimientos. Los Informes en Derecho fueron redactados por los destacados profesores y profesoras Javier Couso, Gastón Gómez, Héctor Hernández, Carlos Peña, Verónica Undurraga y Yanira Zúñiga.

Junto con los Informes en Derecho, el interés de reforzar el enfoque sobre el que debía desarrollarse esta discusión, el que debía ser constitucional y no sobre los méritos de la regulación, se complementó con la participación diversos abogados de reconocido prestigio en la plaza, quienes participaron en las audiencias públicas y que desde sus diversos ámbitos de desarrollo de la profesión, se presentaron ante el Tribunal Constitucional para confirmar la constitucionalidad del proyecto de ley. En este espacio, destacamos la participación de Lidia Casas, Luis Cordero, María de los Ángeles Coddou, Jaime Couso, Davor Harasic, Julián López, Nicole Nehme, Lucas Sierra, Rodrigo Gil, Verónica Undurraga, por el rol que desempeñaron en las audiencias públicas.

La relevancia de la participación de estos abogados y abogadas también recaía en el hecho de que no todos ellos eran profesionales que iban a ser intuitivamente vinculados con el debate de las tres causales. Por ejemplo, la mayoría de ellos no participaron de la discusión legislativa ni tampoco se habían pronunciado sobre la materia durante estos tres años de debate nacional, por lo que su presencia en esta instancia de análisis constitucional ayudó a traer caras nuevas a la discusión, junto con dar cuenta que el apoyo que concita esta iniciativa, y respaldo de los argumentos constitucionales, era transversal.

En tercer lugar, el haber optado por reforzar el enfoque constitucional sobre la discusión y no evaluar los méritos de la iniciativa legal, hizo que la participación que respaldó el proyecto de ley en las audiencias públicas estuviese concentrada en los abogados antes mencionados. A pesar de lo anterior, hicimos una excepción en relación con la causal de violación, la que todos sabíamos que era la causal que estaba en tensión y que existían serias posibilidades de que fuese declarada inconstitucional (a pesar de los argumentos jurídicos que la respaldaban). Por lo mismo, en dicho caso era importante que los Ministros y Ministras entendieron cual era la realidad que subyace a la causal de violación, para no hacer de ésta una discusión netamente teórica, sino que se pusiera ante los ojos del Tribunal el “rostro de niña” que está detrás de la misma. Para eso contamos con el apoyo de la doctora Andrea Huneuus, quien presentó estadísticas y sus estudios sobre la materia.

En cuarto lugar, el diálogo sostenido durante los tres años de tramitación con las organizaciones de la sociedad civil tuvo efectos positivos durante la discusión ante el Tribunal Constitucional.

---

<sup>17</sup> Tribunal Constitucional, fallo 18 de abril del 2008, causa 740-07.



Alrededor de una centena de organizaciones presentaron “Amicus Curiae”, literalmente amigos de la corte en latín. Esta institución tiene larga data en los tribunales internacionales de derechos humanos, pero es de reciente conocimiento en nuestra cultura jurídica. El Tribunal recibió una gran diversidad de documentos que respaldaban la constitucionalidad del proyecto de ley, junto con acompañar antecedentes científicos sobre materias específicas de salud, como lo era una descripción de cada una de las causales, eventuales efectos psicológicos de las mujeres que interrumpían un embarazo, etc. Los Amicus Curiae llegaron desde Argentina, México, Colombia, España, Reino Unido, Canadá, Estados Unidos y, claro, la gran mayoría provenía de Chile. Su recepción dejó en evidencia un hecho que obligó a superar el ánimo autárquico de nuestra cultura: el mundo entero seguía con atención el debate chileno sobre la constitucionalidad del proyecto de ley. Este hecho de alguna manera debió haber estado a la vista del Tribunal, pues su voto y justificación sería escrutado mucho más allá de las fronteras nacionales.

El quinto elemento que era gravitante en esta discusión, consistía en definir quien iba a ser la persona que alegar la causa. Considerando la responsabilidad que le cabría, era fundamental que esta persona tuviese un alto prestigio profesional, para reafirmar que la discusión no era una de méritos sino que era estrictamente jurídica y que era coherente con nuestro ordenamiento jurídico. En segundo lugar, esa persona debía tener las suficientes habilidades para tener una voz que pudiese ser oída en forma transversal. Nuevamente y tal como lo intencionamos en el trabajo que se hizo en las audiencias públicas, esa persona tenía que romper esquemas, junto con tener un alto rigor profesional e idealmente ser escuchado por quienes podían tener reparos con el proyecto de ley.

En marzo de 2017, don Alfredo Etcheberry asumió la defensa de la constitucionalidad del proyecto de ley. Don Alfredo se definió ante nosotros como católico, demócrata cristiano, pero ante todo como un libre pensador. Fue un honor haber trabajado esta última etapa con tal ilustre abogado. Durante 6 meses revisamos cada uno de los reparos de constitucionalidad que iba haciendo la oposición durante la tramitación del proyecto de ley, junto con revisar en forma pormenorizada cada detalle de la regulación del proyecto de ley y los Informes en Derecho. Todos esos antecedentes estaban a su disposición, pero el día del alegato don Alfredo nos sorprendió a todos con una lúcida presentación de una hora en la que repasó los orígenes del Código Penal que nos rige en la actualidad y las discusiones que ya en esa época se daban sobre el delito de aborto y el estatus del no nacido, para dar cuenta que el ordenamiento jurídico chileno era coherente al plantear un trato diferenciado entre el ser en gestación y las personas nacidas. Su presentación puso sobre la mesa argumentos nuevos que sin duda ayudaron a fortalecer la línea que se había venido trabajando desde varios meses atrás sobre la constitucionalidad del proyecto de ley.

Creemos que todos estos elementos influyeron en el fallo del Tribunal Constitucional, que con fecha 28 de agosto de 2017, anunció que declaraba la constitucionalidad de las tres causales.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que los cinco elementos recién descritos fueron importantes para haber logrado el resultado de 6 votos a favor de la constitucionalidad de las tres causales y 4 en contra, pero hay un sexto elemento que escapaba de nuestro radio de acción y que fue gravitante para haber obtenido ese resultado: la forma en que fueron planteados tanto el requerimiento de inconstitucionalidad de los diputados como el de senadores.

Ambos requerimientos optaron por hacer un tratamiento igualitario de las tres causales, es decir, plantearon sin diferenciación alguna que tanto la primera causal (riesgo de vida de la mujer), como la segunda causal (inviabilidad fetal) y la tercera causal (violación) eran inconstitucionales y solicitaban al Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad de todas estas. Creemos que este fue un quinto

elemento que jugó a nuestro favor, en el sentido de que esta postura daba cuenta de que la posición que estaba detrás de los requerimientos era extremadamente conservadora e ideologizada. Esto queda claro al ver el trato que hicieron de la primera causal. Resulta temerario solicitarle a un Tribunal Constitucional que declare inconstitucional la causal de riesgo de vida de la mujer por entender que hoy en día hay una práctica fundada en el principio del doble efecto que hace que dicha regulación sea innecesaria. Si los diputados y senadores de oposición hubiesen sido más estratégicos, lo que deberían haber hecho era solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la tercera causal, la de violación que, por lo demás, era la única de las tres que era difícil de subsumir en las causal por aborto terapéutico que había regido en el país entre 1931 y 1989 y que, por lo tanto, no había sido parte de nuestro ordenamiento jurídico ni había convivido con el régimen constitucional vigente en Chile desde principios de siglo XX. Si esa hubiese sido la estrategia adoptada por los parlamentarios, a pesar de que había argumentos jurídicos y constitucionales sólidos que justifican la constitucionalidad de la tercera causal, sería difícil afirmar que hubiésemos obtenido el resultado favorable del Tribunal Constitucional.

### **Conclusiones: un eslabón más en una cadena más larga**

La aprobación de esta legislación es el comienzo de un cambio jurídico y cultural más grande. Uno de los grandes aportes de este debate fue que la discusión no se limitó únicamente al Congreso Nacional, sino que estamos seguras que en cada familia, grupos de amigos y encuentros sociales se conversó abiertamente sobre este complejo tema que hasta hace pocos años era considerado un tabú. Eso nos transforma en una sociedad madura y reflexiva.

Solo nos resta agradecer a quienes nos apoyaron durante este proceso y recordar, una vez más, que en el centro de este debate estuvieron las mujeres de carne y hueso que lamentablemente les toca vivir una de las tres causales. Las vidas de esas mujeres fueron la motivación e inspiración del equipo interministerial para mantener el foco en este debate histórico y no haber perdido la esperanza de que Chile les podía dar una mejor respuesta que la simple amenaza de cárcel.

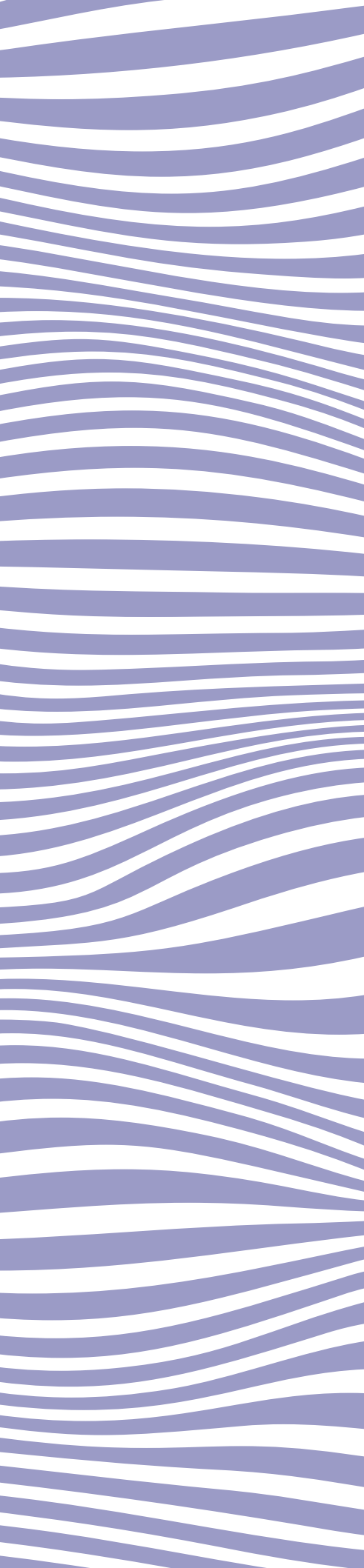












ISBN 978-956-314-416-1



9 789563 144161 >