INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo por tres causales.

BOLETÍN Nº 9.895-11.

HONORABLE SENADO:

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de informar el proyecto de ley señalado en el epígrafe, iniciado en Mensaje de la señora Presidenta de la República, con urgencia calificada de “suma”.

Hacemos presente que a una o más sesiones que la Comisión celebró para tratar este proyecto asistieron, además de sus integrantes, los Honorables Senadores señora Muñoz y señores Bianchi, Chahuán, Letelier y Pizarro.

Especialmente invitados, concurrieron los señores Ministros de Estado que a continuación se mencionan:

Por el Ministerio de de Justicia y Derechos Humanos, la señora Javiera Blanco, quien en una primera etapa de esta tramitación desempeñaba el cargo de Ministra, y, posteriormente, el Ministro señor Jaime Campos. Los acompañaron la Subsecretaria de Derechos Humanos, señora Lorena Fries; el Jefe de la División Jurídica, señor Ignacio Castillo; las abogadas señoras Renata Sandrini y Diana Maquilón, y la asesora señora Claudia Basaure.

En representación del Ministerio de Salud, la Ministra, señora Carmen Castillo; la Ministra (S) señora Gisela Alarcón; el Jefe de la División Jurídica, señor Eduardo Álvarez; la encargada de Seguimiento Legislativo del Departamento de Calidad de Vida y Relaciones Laborales, señora Paulina Palazzo; el Jefe de Gabinete de la señora Ministra, señor Claudio Castillo; el asesor de dicho Gabinete, señor Enrique Accorsi; los asesores señoras Yamileth Granizo, Carolina Mora, Paz Robledo, Teresa Valdés, Natalia Flores y Yasmina Viera y señor Pablo Ríos, y la asesora de comunicaciones, señora Paula Martínez. Por el Instituto de Salud Pública, concurrieron el Director Alex Figueroa; el Director de la

Dirección de Administración y Finanzas, señor Pablo Ortiz; el asesor, señor Humberto Burotto, y la periodista señora Nicole Morandé.

En nombre del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, la Ministra, señora Claudia Pascual, acompañada por la Jefa del Departamento de Reformas Legales, señora Claudia Sarmiento; la Jefa de la División de Políticas de Igualdad, señora Magdalena Valdivieso, y las abogadas señoras Ana María Araneda y Elisa Walker.

En representación del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el Ministro, señor Nicolás Eyzaguirre, acompañado por los asesores señoras Marcia González, Pía Briceño, Vanessa Astete, María Jesús Mella, Constanza González y María José Solano y señores Guillermo Briceño, Giovanni Semería, Nicolás Facuse y Erich Schnake.

Por el Ministerio Secretaría General de Gobierno, la Ministra señora Paula Narváez, y el Jefe de Prensa, señor Emilio Espinoza.

Por el Ministerio de Hacienda, concurrió el Jefe del Sector Salud de la Dirección de Presupuestos, señor Héctor Gallegos.

La Comisión contó, además, con la participación de los siguientes académicos y especialistas, quienes fueron invitados a exponer sus opiniones sobre la iniciativa en estudio:

- Las señoras Soledad Alvear, Verónica Undurraga, Alejandra Zúñiga, Yanira Zúñiga, Ximena Gauché, Ángela Vivanco, Lidia Casas, Magdalena Ossandón y Carmen Domínguez.

- Y los señores Agustín Squella, Diego Schalper, Alberto Naudon, Pablo Urquízar, Víctor Manuel Avilés, Patricio Zapata, Miguel Ángel Fernández, Álvaro Ferrer, Antonio Bascuñán, Jorge Precht, Javier Couso, Tomás Henríquez, Lucas Sierra, Jaime Couso, Héctor Hernández, Máximo Pavez, Hernán Corral, Arturo Fermandois, Luis Villavicencio, José Luis Guzmán, Leonardo Estradé-Brancoli, Gonzalo García Palominos, Fernando Londoño y Alex van Weezel.

En representación de la Biblioteca del Congreso Nacional, concurrieron los abogados asesores parlamentarios señor Juan Pablo Cavada y Matías Meza-Lopehandía y señoras Paola Truffello y Christine Weidenslaufer.

A una de estas sesiones, en representación de la Federación Internacional de Derechos Humanos acudieron la Vicepresidenta,

señora Elsie Monge; el Encargado de la Oficina de los Derechos de las Mujeres, señor Antoine Bouhey, y la investigadora señora Selma Hajri.

Del mismo modo, asistieron los asesores del Comité PPD, señor Sebastián Abarca y señora Catalina Wildner; la Jefa de Gabinete del Honorable Senador señor Harboe, señora Deborah Bailey; los asesores del Comité DC, señora Constanza González y señor Robert Angelbeck; el asesor del Honorable Senador señor Larraín, señor Héctor Mery; el asesor del Honorable Senador Espina, señor Pablo Urquízar; la asesora del señor Presidente del Senado, señora Leslie Sánchez; los asesores de la Honorable Senadora señora Muñoz, señora Carmen Gloria Salazar y señor Leonardo Estradé Brancoli; las asesoras del Honorable Senador señor De Urresti, señoras Melissa Mallega y Rocío Sánchez; el asesor del Comité RN, señor Gonzalo Rojas; el asesor de la Honorable Senadora señora Allende, señor Rafael Ferrada; el asesor del Honorable Senador señor Chahuán, señor Benjamín Lorca; la aserora del Honorable Senador señor Girardi, señora Elisabet Gerber; la Jefa de Gabinete del Honorable Senador señor Pizarro, señora Karen Herrera, y la asesora del mismo señor Senador, señora Andrea Gómez; el asesor del Comité DC de la Cámara de Diputados, señor Rodrigo Vera; el jefe de asesores del Comité PS, señor Héctor Valladares; la asesora del Comité UDI, señora Daniela Lazo; la asesora del Honorable Diputado señor Kast (José Antonio), señora Antaris Varela, y la asesora de la Cámara de Diputados, señora Marcela Aranda.

Estuvieron presentes, en algunas de estas oportunidades, el abogado asesor de la señora Soledad Alvear, don Gonzalo García; el asesor de la Fundación Jaime Guzmán, don Carlos Oyarzún, y los pasantes de dicha institución, señora María Luisa Ilharreborde y señor Eduardo Cretta; las asistentes de la profesora señora Carmen Domínguez, doña Francisca Ibarra y doña Carolina Salinas; la asesora de la Corporación Miles, señora Constanza Fernández; la asesora de Chile es Vida, señora Patricia Gonnelle; la abogada de la misma entidad, señora Paz Figueroa, y la coordinadora, señora Paz Figueroa; la Directora Ejecutiva de la Fundación Chile Unido, señora Verónica Hoffmann; los asesores legislativos del Instituto Igualdad, señora Rocío Sánchez y señor Mauricio Apablaza; la periodista de EMOL señora Verónica Marín; la periodista del diario El Ciudadano, señora Silvia Gutiérrez; las periodistas de Radio ADN, doña Estefanía Labrín y doña Solange Ramírez; las periodistas de Radio Biobío, señoras Montserrat Valenzuela y Rayén Collinao; la periodista del Diario La Tercera, señora Lorena Leiva; la periodista de Tele 13 Radio, señora Joyce Ríos; la señora María Isabel Rodríguez y los señores Benjamín Lorca y José Antonio Álvarez.

A una de estas sesiones concurrieron, por la Federación Nacional de Profesionales Universitarios de los Servicios de Salud, la Directora Nacional, señora Selma Núñez; el Vicepresidente, señor

Yamil Asenie, y el fotógrafo, señor Carlos Verdugo. Por la Corporación Humanas, lo hizo la abogada, señora Camila Maturana. En representación de la ONG Investigación, Formación y Estudio sobre la Mujer (ISFEM), concurrió su Presidenta, señora Ismini Anastassiou. Por Miles Chile, participaron su Presidenta, señora María Antonieta Saa; la Directora Ejecutiva, señora Claudia Dides, y el Relacionador Público, señor Rolando Jiménez. Por el Observatorio Ciudadano, lo hizo la abogada, señora Nancy Yáñez.

- - -

Cabe hacer presente que en sesión de fecha 22 de marzo de 2016, al iniciarse el segundo trámite constitucional, la Sala del Senado acordó enviar el proyecto, en trámite de primer informe, a las Comisiones de Salud y de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

Una vez que la iniciativa fue informada en general por la Comisión de Salud de la Corporación, se radicó en la segunda de las mencionadas Comisiones el día 28 de septiembre del mismo año.

-.-.-

OBJETIVOS DEL PROYECTO

El proyecto en estudio de ley tiene por propósito regular la despenalización de la interrupción del embarazo por las siguientes tres causales:

a) Si la mujer se encuentra en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.

b) Si el embrión o feto padece una alteración estructural congénita o genética de carácter letal.

c) Si el embarazo es resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación.

NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL

Las disposiciones del proyecto contempladas en este primer informe son propias de ley común.

ANTECEDENTES

I.- De Derecho

Se relacionan con esta iniciativa las siguientes normas:

1.- Constitución Política de la República, especialmente sus artículos 1°, 5° y 19.

2.- Código Sanitario, particularmente su artículo 119.

3.- Código Penal, especialmente los artículos 342 a 345, 369 y 494 N° 9°.

4.- Código Procesal Penal, particularmente sus artículos 23, 33, 175 y 200.

5.- Ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, especialmente sus artículos 8°, 10, 15 y 30.

6.- Artículo 13 bis de la ley N° 19.451, que establece normas sobre trasplante y donación de órganos.

7.- Ley N° 20.379, que crea el Sistema Intersectorial de Protección Social e Institucionaliza el Subsistema de Protección Integral a la Infancia "Chile Crece Contigo".

8.- Ley N° 20.418, que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad.

9.- Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

10.- Convención Americana Sobre Derechos Humanos, o “Pacto de San José de Costa Rica", promulgada por decreto supremo Nº 873, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 5 de enero de 1991.

11.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las

Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, promulgado por decreto Nº 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1976, publicado el 29 de abril de 1989.

12.- Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, promulgada por decreto Nº 830, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1990, publicado el 27 de septiembre de 1990.

13.- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, promulgada por decreto Nº 789, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1989, publicado el 9 de diciembre de 1989.

II.- De Hecho

El Mensaje

El Mensaje que dio inicio a la tramitación de esta iniciativa señala que ésta corresponde a un compromiso del Programa de Gobierno y se hace cargo de ciertas experiencias de vida críticas. Agrega que esas situaciones se presentan cuando debe interrumpirse un embarazo para evitar un peligro para la vida de la mujer, cuando el embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina, o cuando el embarazo es producto de una violación.

Manifiesta que la normativa vigente sobre interrupción del embarazo, que la prohíbe sin excepciones, no responde al trato digno que el Estado de Chile debe otorgar a sus ciudadanas en estas situaciones y sitúa a nuestro país como uno de los cuatro en el mundo que lo criminaliza en todas sus modalidades, además de El Vaticano, que son Chile, Nicaragua, El Salvador y Malta.

Expresa que los hechos han demostrado que la prohibición absoluta y la criminalización de toda forma de interrupción del embarazo no han impedido ni impiden su práctica en condiciones de riesgo para la vida y salud de las mujeres y, por el contrario, se traducen en una vulneración de sus derechos. Indica que lo anterior representa un problema social del cual debe hacerse cargo cabalmente el Estado.

Hace presente que las tres causales de interrupción legal del embarazo que el proyecto aborda, exigen como presupuesto de cada una la expresión de voluntad libre de la mujer, sin la cual dicha interrupción no puede tener lugar.

Declara que el Estado de Chile es laico y reconoce el derecho que asiste a toda persona para conducirse en su vida de acuerdo con sus convicciones y principios morales, sean éstos de carácter religioso o no, razón por la que contempla una regla para el caso de quienes deseen objetar en conciencia. Añade que este es un acto estricta y esencialmente individual del profesional clínico que deba intervenir directamente en la interrupción del embarazo, de mediar la voluntad de la mujer en los casos a que se refiere. Con todo, este derecho no puede ser un obstáculo insalvable para acceder a la interrupción del embarazo.

Sostiene que el Estado debe entregar alternativas a las mujeres, respetando su voluntad, ya sea que deseen continuar el embarazo u optar por interrumpirlo, para asegurar el pleno respeto de sus derechos.

Consigna que los egresos hospitalarios desde 2001 a 2012, registran 395.905 casos de abortos, es decir interrupciones del embarazo antes de las 22 semanas de gestación, con un promedio de 32.992 casos al año, de mujeres que se encontraban en situaciones críticas.

Añade que cada año se hospitalizan 16.510 mujeres con embarazos de menos de 22 semanas que corresponden a las dos primeras causales que el presente proyecto contempla, a saber, embarazo ectópico; mola hidatiforme; otros productos anormales de la concepción; complicaciones consecutivas al aborto y al embarazo molar.

Expresa el Mensaje que los registros no dan cuenta de la totalidad de los casos, porque la penalización del aborto en toda circunstancia determina que ellos no sean informados. Los sistemas de salud enfrentan de diversas maneras los cuidados ofrecidos a las mujeres en estos casos, lo que genera inequidades dependientes del nivel de ingresos de las personas.

Informa que de acuerdo con los datos provenientes del Ministerio de Salud, de las 54 mujeres, de entre 15 y 44 años de edad, que el año 2012 murieron durante la gestación, el 40% presentaba una patología médica concomitante y el 22,5% manifestó condiciones clínicas que determinaron su fallecimiento. Indica que un porcentaje significativo de ellas habría podido salvar su vida si la interrupción del embarazo hubiera sido tratada clínicamente.

En relación a la segunda causal que autoriza el proyecto, informa el Mensaje que anualmente se constatan alrededor de 500 casos de muerte por alteraciones estructurales incompatibles con la vida extrauterina, de un universo asumido de 250.000 partos al año. En el período 2004 al 2012, el promedio anual de niños menores de 28 días

fallecidos por esta causa fue de 465 casos, lo que se estima concordante con las cifras de muertes maternas.

En lo atingente a las causales admitidas por el proyecto, se consigna que no existen datos que permitan dimensionar el número de embarazos que tienen por causa la violencia sexual, añadiendo que no todos los casos son denunciados y que probabilísticamente se puede deducir que solo el 10% de las violaciones producen un embarazo.

Agrega que diversos estudios de opinión pública revelan que la ciudadanía respalda ampliamente la necesidad de despenalizar la interrupción del embarazo en las tres causales propuestas.

Asimismo, el Mensaje da cuenta de las políticas públicas sobre salud de las mujeres. Manifiesta que en los años 30, el Movimiento de Emancipación de la Mujer Chilena señalaba la urgencia de contar con métodos anticonceptivos y la necesidad de que se dictara una reglamentación científica que buscara evitar el aborto clandestino.

Expone que en la dictación del Código Sanitario se permitió la interrupción del embarazo por razones terapéuticas.

Consigna que en 1960 la mortalidad materna alcanzaba una tasa de 299 por 100.000 nacidos vivos, en que más de un tercio de dichos fallecimientos correspondían a abortos inducidos y clandestinos.

Reseña que durante el gobierno del expresidente señor Eduardo Frei Montalva se desarrolló una vasta política nacional de planificación familiar y de educación sexual. Añade que la Junta Militar estableció la prohibición de interrumpir el embarazo en toda circunstancia.

Hace presente el Mensaje que el Ministerio de Educación en 1996 formuló una política de educación en sexualidad a través de las Jornadas de Conversación sobre Afectividad y Sexualidad (JOCAS).

A continuación, se menciona que la ley N° 20.379 integró a los niños y niñas al sistema público de salud desde su primer control de gestación. Asimismo, la ley N° 20.418 fijó las normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad.

Expresa que el año 2013 el sistema público de salud atendió a 1.368.298 mujeres, usuarias de métodos de regulación de la fertilidad. Como consecuencia de lo anterior existe una caída en las tasas de fecundidad en mujeres adultas y de mortalidad materna, siendo una de las

más bajas del continente (18 por 100.000 nacidos vivos), con una consecuente disminución en la mortalidad neonatal. Sin embargo, no ha sido posible reducir esa mortalidad materna en 10 años.

Sostiene el Mensaje que se han presentado desde el año 1991 diversas iniciativas parlamentarias que buscan despenalizar la interrupción del embarazo y reconoce que la presente incorpora dicho acervo.

En relación a los fundamentos del proyecto de ley, se menciona que el Estado de Chile no puede sustraerse de lo representado por los organismos internacionales de Derechos Humanos. De acuerdo a estos últimos, la denegación de la interrupción del embarazo en determinadas circunstancias puede constituir vulneración a derechos fundamentales. Agrega que la penalización del aborto sin excepciones constituye un incumplimiento inequívoco de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile en relación a la garantía que debe existir respecto del pleno goce de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica de las mujeres.

A continuación, el Mensaje da cuenta de las recomendaciones de organismos de las Naciones Unidas, tales como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité de los Derechos del Niño; el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Humanos.

Señala que en la legislación comparada pueden distinguirse dos tipos de regulaciones, el de plazos que permite la interrupción del embarazo sin exigir a la mujer justificar sus motivos, y el que establece un sistema de indicaciones o causales.

El Mensaje sostiene que la presentación de la iniciativa tiene como fundamento el respeto por la vida. Recalca que es esencial que el Estado promueva las condiciones para una vida digna, por lo que resulta indispensable la protección de la vida de la mujer así como la del que está por nacer.

Añade que el fundamento principal de este proyecto radica en que el Estado no puede castigar a una mujer por no perseverar en un embarazo que no desea y que la sitúa en una posición extrema.

Subraya el Mensaje que ni el Estado ni el presente proyecto de ley obligarán a ninguna mujer a interrumpir su embarazo, sino que ofrecen opciones en caso de tres situaciones para que ellas puedan tomar una decisión de acuerdo a sus convicciones personales.

Apunta, luego, el Mensaje que la interrupción del embarazo que el proyecto propone despenalizar en tres casos debe consagrarse como una legítima prestación de salud, agregando que si no se asegura el que las mujeres puedan recurrir a establecimientos de salud, esta regulación será irrelevante. Sostiene que al tratarse de una prestación de salud, la modificación principal debe hacerse en el Código Sanitario. Por otra parte, los cambios que se introducen en el Código Penal y en el Código Procesal Penal buscan resguardar la responsabilidad de las mujeres y la de los médicos.

A continuación, se enumeran y explican las tres causales por las cuales se autoriza interrumpir el embarazo, que son:

a.- Peligro de la vida de la mujer embarazada;

b.- Embrión o feto que padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina, y

c.- Embarazo producto de una violación.

Asimismo, la iniciativa protege el interés superior de las niñas y reconoce su autonomía limitada para las menores de 18 años y mayores de 14. En el caso de las menores de 14 años deberán actuar con la autorización de su representante legal, sea su padre o madre u otro adulto responsable.

El Mensaje destaca el rol de los prestadores y profesionales de la salud ya sea en la información sanitaria para una decisión consciente, en la constatación de causales, en la objeción de conciencia y en relación con la confidencialidad.

En relación al contenido mismo del proyecto de ley, se establece una nueva normativa sobre despenalización de la interrupción del embarazo por tres causales específicas, modificándose los Códigos Sanitario, Penal y Procesal Penal.

La primera causal consiste en el caso que la mujer se encuentre en riesgo vital presente o futuro; la segunda corresponde a los casos en que el embrión o feto padezca alteraciones estructurales congénitas o genéticas incompatibles con la vida extrauterina y la última se aplica cuando el embarazo es resultado de una violación, con un límite general de tiempo de 12 semanas de gestación y de 18 semanas cuando se trata de menores de 14 años.

Agrega que la iniciativa contempla diversas disposiciones en relación con la manifestación de voluntad de la mujer para la interrupción del embarazo, siendo ella quien debe decidir si continúa o no con éste. En caso que la mujer sea menor de edad, se contempla una regulación especial respecto a la forma de expresarla.

En los casos de las dos primeras causales se requiere de un diagnóstico médico y de la ratificación del mismo. En el caso de la tercera causal, un equipo de salud debe evaluar e informar de la concurrencia de los hechos que la constituyen.

El proyecto de ley contempla la posibilidad de que el médico se abstenga de interrumpir un embarazo cuando manifieste su objeción de conciencia.

Asimismo, la iniciativa legal modifica el Código Penal despenalizando el aborto en los casos ya indicados.

Finalmente, se agregan dos disposiciones al Código Procesal Penal que hacen primar el deber de confidencialidad por sobre el deber de denuncia en caso de estar frente a una interrupción del embarazo realizada por la mujer o por un tercero con su consentimiento. Con ello, se busca que la relación médico-paciente no esté condicionada por la amenaza penal.

- - -

DISCUSIÓN EN GENERAL

Para apreciar debidamente el contenido de la iniciativa en estudio así como sus alcances jurídicos, **la Comisión** estimó necesario escuchar una presentación de la misma por parte de los señores Ministros de Estado vinculados al tema en estudio y, luego, conocer la opinión de distintos especialistas en las áreas del Derecho Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Civil, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Filosofía del Derecho.

Para estos efectos, se resolvió llevar a cabo un conjunto de audiencias destinadas a recibir las exposiciones de las autoridades del Ejecutivo y de los académicos que fueron especialmente invitados.

Se acordó, además, que una vez que finalizara este ciclo de audiencias y se agotara el estudio en general del proyecto, se llevaría a cabo la votación de la idea de legislar.

De todo ello se da cuenta a continuación, dejándose constancia, asimismo, del intercambio de opiniones que se produjo en tales oportunidades y de la votación finalmente realizada.

Sesión del día 12 de octubre de 2016

En esta primera sesión, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya**, informó que se escucharía a los señores Ministros de Estado presentes, quienes explicarían los lineamientos generales de la iniciativa.

Para tales efectos, ofreció la palabra a **la Ministra de la Mujer y Equidad de Género, señora Claudia Pascual.**

La señora Pascual comenzó su intervención señalando que hoy se inicia una nueva etapa en el debate de un proyecto de ley que la ciudadanía respalda y espera, el cual, desde que fuera presentado por la Presidenta de la República, señora Michelle Bachelet, para su discusión en el Congreso Nacional hace 21 meses, ha sido estudiado, analizado y debatido con la profundidad que esta materia merece.

Manifestó que durante la discusión legislativa se han escuchado más de 150 exposiciones, realizadas por profesionales de la salud, representantes gremiales, rectores de universidades, juristas, representantes de organizaciones de la sociedad civil, de entidades de tipo religioso-espiritual y personas naturales que han dado su testimonio, entre otros oradores. Agregó que también se han presentado propuestas de mejora y profundización por parte de los Parlamentarios de las más diversas sintonías políticas.

Expuso que la sociedad chilena ha esperado 26 años para que este debate se dé en el Congreso Nacional, el cual ha visto una docena de mociones parlamentarias respecto de las que no se ha logrado siquiera aprobar la idea de legislar.

Expresó que el proyecto cuenta con un fuerte respaldo ciudadano, destacando, en este sentido, que en los sondeos de opinión más del 70% de la ciudadanía se ha manifestado a favor de despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo en las tres causales excepcionales que se proponen, entendiéndose que es una iniciativa que abre alternativas y que no impone como Estado qué hacer o qué decidir.

Declaró que es un imperativo en la sociedad chilena actual despenalizar el aborto en las situaciones que el proyecto contempla, cuales son, que la mujer se encuentre en riesgo vital, que el

embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética de carácter letal, o que el embarazo sea producto de una violación.

Hizo presente que estamos ante un debate complejo, ya que se remite a convicciones personales y, por ello, lo que se busca es abrir posibilidades que hoy no existen para las mujeres, sin obligarlas a tomar una decisión u otra, sino que otorgándoles un espacio de discernimiento respetuoso y ofreciéndoles alternativas de acompañamiento institucional independientes de la decisión que se tome en cuanto a mantener o interrumpir la gravidez. Añadió que las mujeres deben tener la opción de decidir y que su voluntad debe ser respetada, no pudiendo el Estado imponer qué hacer a cada una.

Apuntó que este proyecto fue concebido teniendo en cuenta la diversidad de mujeres, niñas y adolescentes que habitan nuestro país, porque cualquiera de ellas puede verse enfrentada a un embarazo que ponga en riesgo su vida, en el que el embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética de carácter letal, o que sea resultado de un hecho de violencia sexual como la violación. Se trata, advirtió, de realidades de carácter transversal.

Connotó que es urgente que el Estado disponga, ante estas tres causales, de procedimientos claros, que permitan a las distintas mujeres acceder a una prestación de salud segura, conforme a su decisión e independientemente del territorio donde vivan o de su condición social y económica.

Remarcó que los hechos han demostrado que la prohibición absoluta y la criminalización de toda forma de interrupción del embarazo no impiden su práctica, sino que, por el contrario, provocan que ésta se realice en condiciones de gran riesgo para la vida y la salud de las mujeres. Consignó que los testimonios que fueron oídos en la Comisión de Salud del Senado dieron cuenta de la inequidad que genera la prohibición que nos rige en la actualidad, ya que algunas de las mujeres que viven una de estas tres situaciones complejas pueden optar por la interrupción del embarazo viajando al extranjero, mientras que las que no tienen recursos, no pueden acceder a dicha alternativa.

Reseñó que estos testimonios también demostraron que la prohibición vigente igualmente afecta a aquellas mujeres que pueden viajar al extranjero para interrumpir el embarazo, ya que ellas no encuentran acogida en el sistema de salud nacional o una respuesta a sus inquietudes, junto con tener que vivir dicha experiencia totalmente desligadas de su entorno y sus redes de apoyo.

Subrayó que los testimonios han ratificado la necesidad de acompañamiento y fortalecimiento del Sistema de Atención de

Salud para las mujeres que, estando en estas tres circunstancias, quieren mantener sus embarazos.

Manifestó que la iniciativa se hace cargo de un problema social que no podemos seguir ignorando como país y donde la respuesta del Estado hacia las mujeres, adolescentes y niñas resulta no solo insuficiente, sino que, además, violenta.

Expuso que así lo han planteado organismos e instancias internacionales como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en su observación del año 2015, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el Comité de Expertas de la CEDAW en sus observaciones de los años 2006 y 2012, respectivamente, que han instado al Estado de Chile a revisar su legislación sobre interrupción del embarazo, con miras a establecer excepciones a la penalización absoluta, ya que la prohibición actual representa una vulneración de los derechos humanos.

Expresó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recomendó a Chile el 2015 que se “agilice la adopción del proyecto de ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo y garantice su compatibilidad con derechos fundamentales como el de la salud y la vida de la mujer […]”.

Indicó que apreciaciones similares también provienen de acuerdos regionales, como el Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo del 2013, en el que se insta “a los demás Estados a considerar la posibilidad de modificar las leyes, normativas, estrategias y políticas públicas sobre la interrupción voluntaria del embarazo para salvaguardar la vida y la salud de mujeres y adolescentes”.

Agregó que el proyecto de ley en estudio es plenamente compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A continuación, pasó a explicar el contenido del mismo y las tres causales contempladas para despenalizar el aborto. Indicó que se referiría a las dos primeras y que la señora Ministra de Justicia y Derechos Humanos abordaría la tercera.

Las dos primeras son las que siguen:

1. El primer caso es aquel en que la mujer se encuentra en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.

Al respecto, la señora Ministra planteó que cuando la vida de una mujer embarazada corre peligro, ella necesita tener acceso a los tratamientos médicos que le permitan preservarla, aun cuando lo anterior implique la interrupción del embarazo. Sostuvo que la penalización de toda interrupción del embarazo pone a los médicos en una disyuntiva compleja y se ha visto cómo se plantean distintas respuestas ante situaciones límite. Hizo presente que mientras algunos médicos esperan el cese de los latidos fetales en un embarazo ectópico, otros consideran pertinente actuar antes. Precisó que, en ese sentido, este proyecto de ley ofrece certezas a la práctica médica, entendiendo que la *lex artis* no soluciona este problema, sino que genera ambigüedad en su aplicación, siendo eso lo que se busca corregir.

Enfatizó que la expresión “riesgo vital” es lo suficientemente comprehensiva como para que no sea necesario esperar a que la mujer se esté muriendo para interrumpir el embarazo. Por el contrario, se permite la interrupción para poner fin a una situación actual que en el futuro va a implicar la muerte de la mujer, sin extenderla a riesgos para la salud de ésta.

2. El segundo caso es aquel en que el embrión o feto padece alteraciones estructurales o genéticas de carácter letal.

La señora Ministra connotó que esta causal opera exclusivamente en aquellos casos en que el diagnóstico médico determina que el embrión o feto padece una alternación congénita o genética de carácter letal. Señaló que se distinguen los casos de alteraciones estructurales de carácter letal de aquellos de discapacidad severa, que no se encuentran comprendidos dentro de esta causal, tal como sería el síndrome de Down o la espina bífida.

Opinó que la regulación busca garantizar diagnósticos certeros. Por lo mismo, la ratificación del diagnóstico debe ser realizada por un médico que cuente con las habilidades específicas requeridas.

Aseveró que esta propuesta fortalece la red de atención de salud con la compra de tecnología afín y la capacitación de los correspondientes profesionales, puesto que se trata de un esfuerzo responsable por brindar una prestación adecuada en un contexto complejo para las mujeres y para los equipos de salud. A la vez, con esta iniciativa también se mejora en general la atención de salud prenatal, ya que la modernización de la tecnología y la capacitación de los profesionales no solo beneficia a las mujeres que viven alguna de las tres causales, sino que a todas las embarazadas que se atienden en el sistema público de salud.

A continuación, cedió el uso de la palabra a **la Ministra de Justicia y Derechos Humanos, señora Javiera Blanco**, para que explicara la tercera causal, que versa sobre el caso en que el embarazo es producto de una violación.

Como primera consideración, **la señora Blanco** precisó que la presente iniciativa no obliga a una mujer a interrumpir un embarazo, sino que establece que si ella desea abortar y se encuentra viviendo una de las tres causales contempladas por el proyecto, no será penalizada por dicha acción.

Reflexionó que el proyecto se hace cargo de las diversas realidades involucradas en esta materia, una de las cuales importa el hecho brutal de la violación. Agregó que la iniciativa entiende que no todas las mujeres reaccionan de la misma manera ante iguales circunstancias y que ello es particularmente complejo en el caso de las niñas y adolescentes, porque el violador suele pertenecer a su círculo cercano, donde también opera el miedo y la coerción. Además, destacó que a menudo muchas de estas niñas ni siquiera conocen el funcionamiento de su cuerpo.

Manifestó que por regla general, el embarazo se podrá interrumpir por esta causal hasta las 12 semanas de gestación. Añadió que en el caso de las menores de 14 años, la interrupción podrá realizarse hasta las 14 semanas. Informó que el plazo diferenciado se justifica debido a que las niñas menores de 14 años muchas veces desconocen o no entienden el funcionamiento de su ciclo menstrual, por lo que podrían demorar más tiempo en darse cuenta que están embarazadas. Igualmente, dijo, tratándose de abusos crónicos al interior del hogar, el proceso de develación de la violación se hace aún más complejo.

Advirtió que es importante tener presente que las mujeres que se encuentran en este caso son víctimas de una agresión sexual brutal, añadiendo que para acreditar la causal, un equipo de salud especialmente conformado para estos efectos confirmará su ocurrencia y la edad gestacional del no nacido.

En relación al delito de violación, subrayó que hay acuerdo generalizado en torno a la necesidad de proteger a la víctima, recordando que se trata de un delito de acción penal mixta, es decir, que requiere la acción del afectado para iniciar la investigación, a menos que se trate de menores de edad.

Hizo presente que el proyecto en estudio también da una respuesta a quienes esperan que el violador no quede impune. De esta forma, durante su tramitación en la Cámara de Diputados se hizo explícito que si a un establecimiento de salud llega una niña o adolescente menor de 18 años de edad que ha sido víctima de violación, se mantendrá el

deber que tiene en la actualidad el jefe del mismo de proceder de oficio para denunciar este delito. También se agregó que se deberá notificar al Servicio Nacional de Menores.

Enfatizó que en caso que la mujer sea mayor de 18 años y no haya denunciado el delito de violación, los jefes de establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares deberán poner en conocimiento del Ministerio Público dicho ilícito, con la finalidad de que se investigue de oficio al o a los responsables. En el proceso penal por el delito de violación, la comparecencia de la víctima será siempre voluntaria y no se podrán requerir o decretar en su contra las medidas de apremio contenidas en los artículos 23 y 33 del Código Procesal Penal. Adujo que esta norma busca resguardar a la mujer en su calidad de víctima del delito de violación.

Expresó que la anterior es la fórmula que permite compatibilizar el derecho de la víctima que no quiere verse involucrada en una investigación, con el interés superior del Estado de sancionar a los responsables.

Por otra parte, destacó que la voluntad de la mujer será siempre respetada, sea que ella quiera continuar con el embarazo o interrumpirlo.

Agregó que cuando la decisión de la madre sea interrumpir el embarazo, deberá manifestar su voluntad en forma expresa, previa y por escrito. Excepcionalmente, no se requerirá la manifestación de voluntad de la mujer por aplicación de la 1ey N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, cuando su vida esté en peligro y ellas no están en condiciones de manifestar su voluntad o se encuentren en incapacidad para manifestarla y, en ambos casos, no sea posible obtener la de su representante legal, apoderado o persona que la tiene a su cuidado.

En relación a la manifestación de voluntad, indicó que la iniciativa parte de la base que se debe dar un trato diferenciado a niñas, adolescentes y mujeres adultas, ya que tal manifestación de voluntad tiene que fundarse en el principio de autonomía progresiva.

Hizo presente que cuando la mujer es mayor de 18 años, basta con su voluntad para interrumpir el embarazo en la medida en que se encuentre en alguna de las tres causales. Añadió que si se trata de una adolescente, entendiendo por tal una menor de entre 14 y 18 años, el proyecto de ley exige que se informe al menos a uno de sus representantes legales y si fueren varios, a quien ella elija. Junto con lo anterior, si a juicio del médico existen antecedentes que hagan deducir razonablemente que proporcionar esta información al representante legal señalado por la

adolescente podría generarle algunos riesgos, se informará al adulto familiar o adulto responsable que ella indique.

Advirtió que respecto a las menores de 14 años no se aprobó en la Cámara de Diputados la norma que se proponía, por lo que en el actual trámite será necesario revisar este aspecto y dictar una nueva regla.

Señaló que la disposición que regulaba la situación antes descrita era del siguiente tenor: “Tratándose de una menor de 14 años, además de su voluntad, la interrupción del embarazo deberá contar con la autorización de su representante legal o de uno de ellos, a elección de la menor, si tuviere más de uno. A falta de autorización, la menor, asistida de un integrante del equipo de salud, podrá solicitar la intervención del Tribunal de Familia competente para que constate la concurrencia de la causal. El Tribunal autorizará la interrupción del embarazo, sin forma de juicio y verbalmente, a más tardar dentro de las 48 horas siguientes a la presentación de la solicitud, con los antecedentes que le proporcione el equipo de salud, oyendo a la menor y, si lo estimare, al integrante de éste que la asista.”.

Consignó que el proyecto de ley también contempla reglas especiales respecto de la manifestación de voluntad de las personas con discapacidad. En el caso de una discapacidad sensorial visual y/o auditiva, como asimismo de una discapacidad mental psíquica y/o intelectual de personas que no hayan sido declaradas interdictas y que no puedan darse a entender por escrito, se dispondrá de los medios alternativos de comunicación para que presten su consentimiento, en concordancia con lo dispuesto en la ley Nº 20.422 y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Señaló que si la mujer ha sido declarada incapaz judicialmente por causa de demencia, se obtendrá la autorización de su representante legal, debiendo siempre tenerse su opinión en consideración, salvo que su incapacidad impida conocerla.

En relación a la información para la mujer, advirtió que el prestador de salud deberá proporcionársela en forma veraz sobre las características de la prestación médica que se le entregará. Asimismo, se le entregará información verbal y escrita sobre las alternativas a la interrupción del embarazo, incluyendo la relativa a los programas disponibles en materia de apoyo social, económico y de adopción. También se le ofrecerá acompañamiento. Precisó que esta información no podrá estar destinada a influir en la voluntad de la mujer.

Añadió que en el caso que una mujer mayor de 18 años invoque la causal de violación, habrá que proveerla de la información necesaria para que pueda presentar una denuncia.

Recalcó que el equipo médico debe asegurarse que la mujer comprende todas las alternativas que tiene frente al procedimiento de interrupción del embarazo antes de que éste se lleve a cabo y también comprobar que no está sufriendo coacción de ningún tipo en su decisión.

Sostuvo que el tema de la confidencialidad estaba regulado en el proyecto original, pero fue desechado por la Cámara de Diputados. Precisó que la iniciativa disponía que fuera de las tres hipótesis contempladas, si una mujer se presentaba a un hospital o clínica por complicaciones de salud, los jefes de establecimientos hospitalarios y profesionales de la salud indicados en los artículos 175 y 200 del Código Procesal Penal estarían exentos del deber de denunciar. Enfatizó que lo que prevalecía era el riesgo de la vida de la madre por sobre el deber de denuncia.

En relación a la objeción de conciencia, destacó que ella representa una excepción al mandato que tienen todas las personas de cumplir con la ley. Añadió que ésta se basa en el derecho que le asiste a toda persona natural para conducirse en su vida de acuerdo con sus convicciones y principios morales. Explicó que al constituir una excepción, su regulación en este proyecto es aplicable únicamente al médico cirujano que es requerido para la interrupción del embarazo, cuando haya manifestado en su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud en forma escrita y previa.

Consignó que, sin embargo, en caso que se haya invocado la primera causal, el médico no podrá excusarse de realizar la interrupción cuando la mujer requiera de atención inmediata e impostergable y no exista otra persona que pueda realizarla.

Sostuvo que la iniciativa también se preocupa de que la objeción de conciencia no sea un impedimento para que la niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción del embarazo en caso que así lo desee. Por lo mismo, se establece el deber del establecimiento de salud de reasignar a otro médico cirujano a la paciente o de derivarla en forma inmediata para que el procedimiento sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción.

Explicó que la objeción de conciencia es un acto estricta y esencialmente individual del profesional que debe intervenir directamente en la interrupción del embarazo. Esto se debe a que dicho profesional es el que tiene la responsabilidad de la conducción de la

intervención y es quien realiza la interrupción propiamente tal, por lo que su participación no tiene comparación con la que puedan llevar a cabo los restantes integrantes del equipo médico.

Respecto de las instituciones de salud, dado que la objeción de conciencia deriva del derecho fundamental a la libertad de conciencia, expresó que no es posible que los establecimientos del rubro sean objetores, pues los únicos titulares de derechos fundamentales son las personas naturales y en ningún caso las personas jurídicas.

Indicó, finalmente, que si se reconociera a las personas jurídicas el derecho de ser objetoras de conciencia, se les permitiría imponer a sus trabajadores determinados valores y convicciones morales, lo que vendría a restringir la libertad de trabajo.

A continuación, usó de la palabra **la Ministra de Salud, señora Carmen Castillo,** quien comenzó su intervención refiriéndose al sistema de acompañamiento de la madre previsto por el proyecto.

Expuso que durante la discusión ante la Cámara de Diputados, se reforzó un sistema de acompañamiento que tiene por objetivo acoger a las mujeres que viven un embarazo comprendido en las ya mencionadas tres causales. Manifestó que este acompañamiento se basa en la autonomía de la mujer y solo podrá realizarse en la medida en que ella lo autorice. Además, deberá ser personalizado y respetuoso de su libre decisión.

Hizo presente que se ofrecerá a las mujeres acompañarlas tanto en su proceso de discernimiento como durante el período posterior a la toma de decisión, lo cual incluye el tiempo que sigue al parto o a la interrupción del embarazo. Añadió que de esa forma, este apoyo puede comenzar desde el momento en que se toma conocimiento de un embarazo asociado a una de las tres causales.

Adujo que está dirigido, fundamentalmente, a las mujeres que atraviesan por alguna de estas tres situaciones y, en la medida en que ellas lo estimen necesario, involucrará también a su círculo cercano.

Indicó que este acompañamiento incluirá acciones de acogida y apoyo biopsicosocial ante la confirmación del diagnóstico o en cualquier otro momento de este proceso. En caso de continuación del embarazo, junto con ofrecerse el apoyo recién descrito, se otorgará información pertinente a la condición de salud, junto a la activación de redes de apoyo.

Recalcó que dicho acompañamiento se inserta en la red del sistema público de salud del nivel primario y secundario de

atención, añadiendo que actualmente existen 69 estructuras que dan atención de alto riesgo obstétrico y que considera todas las acciones que se realizan regularmente en ella.

Manifestó que, para estos efectos, los deberes y obligaciones que deriven del acompañamiento se cumplirán mediante las prestaciones vigentes al momento de la atención en el programa de apoyo al desarrollo biopsicosocial del Sistema Chile Crece Contigo, todo ello en el marco del Sistema Intersectorial de Protección Social.

Continuó explicando que se establece que en caso que el acompañamiento no sea ofrecido en los términos señalados, la mujer podrá recurrir a la instancia de reclamo regulada en el artículo 30 de la ley N° 20.584, reduciéndose los plazos de dicho procedimiento. Precisó que en este sentido, se disminuye de 15 a 5 días hábiles el plazo que tiene el prestador de salud para dar una respuesta y corregir las irregularidades reclamadas. A su vez, en caso de presentarse reclamo ante la Superintendencia de Salud, ésta tendrá un lapso no superior a 30 días corridos para resolverlo y recomendar medidas correctivas. Al respecto, precisó que el plazo actual es de dos meses.

Respecto de la causal número 2 del artículo 119 del Código Sanitario, destacó que el prestador de salud proporcionará a la mujer los cuidados paliativos que sean necesarios, tanto en supuestos de parto como de interrupción del embarazo con sobrevivencia del nacido que tiene incompatibilidad para sobrevivir fuera del útero.

Recalcó que el sistema de acompañamiento se basa en la coordinación de nuevas prestaciones con las ya existentes, de modo de fortalecer el sistema público de salud, cuyos positivos resultados para las mujeres están suficientemente documentados.

A continuación, detalló que el sistema de acompañamiento incluye lo que sigue:

1. En el nivel secundario, neonatología, perinatología, pediatría, entre otros, así como psicóloga y asistente social para las sesiones psicoterapéuticas y el apoyo familiar que sea necesario, con un mínimo de 10 sesiones.

2. En el nivel primario, visitas domiciliarias realizadas por profesionales como matrón, trabajador social y/o psicólogo.

3. Tiene, además, contemplado apoyo de equipo multidisciplinario perinatológico a nivel de Macro Red. Informó que en Chile existen seis Macro Redes a las que se les implementarían ecógrafos de alta resolución.

4. Considera, además, exámenes tales como vellosidades coriales y test genético, además de consejería genética.

Manifestó que un régimen de interrupción legal del embarazo en las tres mencionadas causales es compatible con el mandato constitucional dirigido al legislador para proteger la vida del *nasciturus*, establecido en el artículo 19 número 1, inciso segundo, de la Constitución Política de la República.

Expresó que más allá de las diversas interpretaciones que puedan hacerse sobre el estatus jurídico de la vida prenatal, la Carta Fundamental no obliga a penalizar el aborto en todos los casos, sino a proteger la vida prenatal, para lo cual el legislador puede utilizar otros medios más efectivos y menos restrictivos de los derechos de las mujeres. Añadió que en esta protección se debe respetar el carácter de última *ratio* del derecho penal.

Puso de relieve que los derechos fundamentales de las mujeres limitan las facultades del legislador para exigir a éstas la continuación de un embarazo ante las tres causales que se tratan. Finalizó su intervención sosteniendo que bajo las exigencias de la actual Constitución Política y de los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile, la continuación del embarazo es inexigible para la mujer cuando concurre alguna de las indicaciones propuestas en esta iniciativa.

A continuación, hizo uso de la palabra **el Ministro Secretario General de la Presidencia, señor Nicolás Eyzaguirre.**

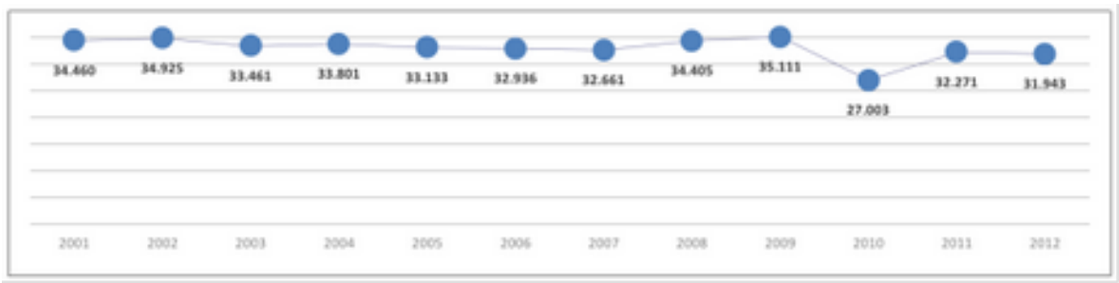
El señor Eyzaguirre señaló que hasta el año 1989, en Chile no se penalizaba la interrupción del embarazo si concurrían las dos primeras causales. Expuso, luego, que en muchos países se permite el aborto bajo cualquier causal y que en la mayoría de ellos el límite a su realización obedece a una cierta cantidad de semanas de embarazo. Agregó que no es el caso de la presente iniciativa; por lo tanto, no está en discusión la consideración ética de cómo se armonizan los intereses de la mujer y los del embrión o feto.

Precisó que solo en la tercera causal de interrupción del embarazo se establece un límite de tiempo. En este caso, estimó que la pregunta que surge es si el Estado tendría el derecho de ejercer su poder coercitivo para obligar a una mujer que está embarazada por una causa ajena a su voluntad a continuar con su estado de gravidez.

Recalcó que, en consecuencia, la discusión que debe darse gira en torno al poder coercitivo del Estado y no a la prevalencia de unos derechos sobre otros.

La Ministra de Salud, señora Carmen Castillo, presentó, a continuación, las siguientes cifras complementarias:

1.- Egresos Hospitalarios Códigos CIE-10 (O00-O08) Embarazos Terminados en Aborto, Chile 2001-2012



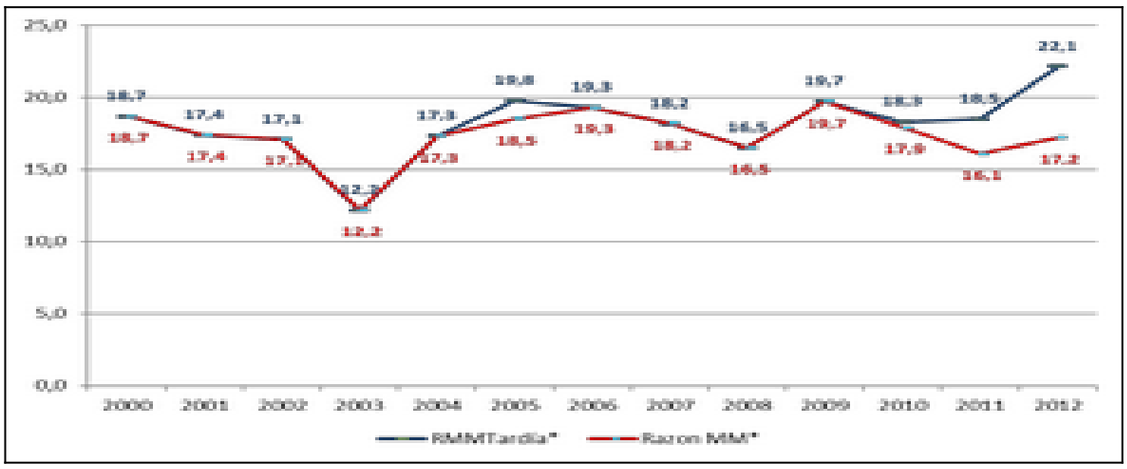
FUENTE: DEIS-DIPLAS. MINSAL 2015

Precisó que se registra un número superior a treinta mil interrupciones de embarazo anualmente. Agregó que dicha cifra incluye al sector público y a las clínicas privadas y que la suma se refiere al número de abortos y no a la cantidad de personas, ya que una mujer puede tener más de una interrupción del embarazo al año.

Primera causal

En relación a la primera causal del proyecto, relacionada con la mujer que se encuentra en riesgo vital, presentó el siguiente gráfico:

Evolución de la Razón de Mortalidad Materna y la Razón de Mortalidad Materna Tardía, Chile 2000-2012

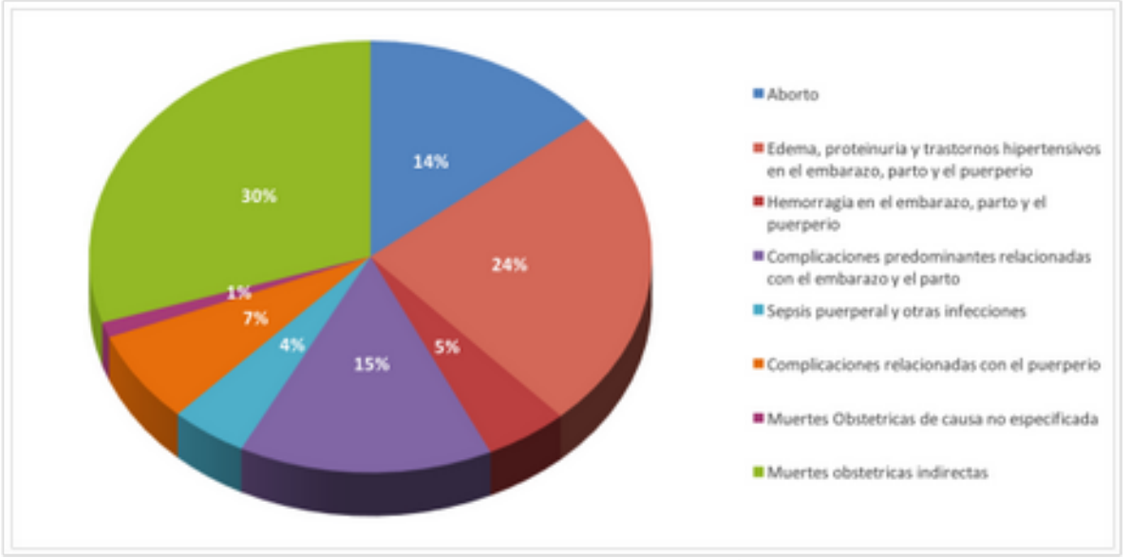


FUENTE: DEIS-DIPLAS. MINSAL 2015

Expresó que la mortalidad materna corresponde a la muerte de una mujer durante su embarazo, parto o dentro de los 42 días después de su terminación. Por otra parte, la mortalidad materna tardía es la que tiene lugar a partir del día 43 hasta un año después del parto.

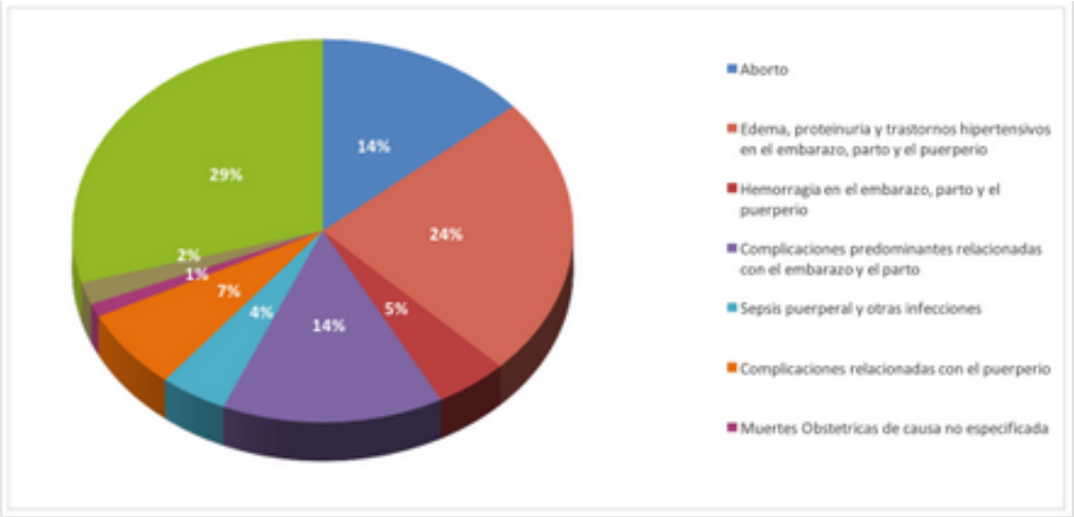
Recalcó que la mortalidad materna en Chile es una de las más bajas del continente, añadiendo que se ha intentado disminuirla, lo que resulta difícil en la situación actual en que se sigue penalizando el aborto.

Mortalidad Materna*, según causas CIE-10, Chile acumulado 2000-2012



FUENTE: DEIS-DIPLAS. MINSAL 2015 (*hasta los 42 días post parto)

Mortalidad Materna Tardía* por grupos de causas, según CIE-10, Chile, acumulado 2000 – 2012



FUENTE: DEIS-DIPLAS. MINSAL 2015

*Muerte Materna debido a cualquier causa obstétrica que ocurre después de los 42 días, pero antes de un año del parto

Razón de mortalidad por aborto y tasa de mortalidad por embarazo ectópico, Chile 2004 – 2012

Año	Nº de muertes por aborto	Recién nacidos vivos inscritos	Razón de mortalidad por aborto	Nº de muertes por embarazo ectópico	Recién nacidos vivos inscritos	Razón de mortalidad por embarazo ectópico
2004	4	242.476	1,65	1	242.476	0,41
2005	7	242.980	2,88	3	242.980	1,23
2006	7	243.561	2,87	4	243.561	1,64
2007	4	242.054	1,65	2	242.054	0,83
2008	5	248.366	2,01	3	248.366	1,21
2009	3	253.574	1,18	2	253.574	0,79
2010	6	251.199	2,39	3	251.199	1,19
2011	8	248.879	3,21	2	248.879	0,80
2012	4	243.858	1,64	1	243.858	0,41
Total	48	2.216.947	2,17	21	2.216.947	0,95

FUENTE: DEIS-DIPLAS. MINSAL 2015

Sostuvo que de acuerdo a la tecnología actual, no debiese haber fallecimientos por embarazo ectópico.

Segunda causal

En relación a la segunda causal, relativa al embrión o feto que padece una alteración estructural congénita o genética de carácter letal, informó que todos los registros de las malformaciones congénitas están recogidos en distintos códigos del CIE que corresponden a las formas de registros estadísticos.

Sobre el particular, presentó el siguiente cuadro explicativo:

Tabla de Cifras Absolutas de Mortalidad Perinatal, Chile 2001-2012, Malformaciones Congénitas (MC)*. (Códigos CIE 10 Q000-Q999)

	Códigos	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Total
Mortalidad Perinatal	Q000-Q079	120	94	86	99	97	81	79	94	96	92	112	101	**1.151**
	Q100-Q189	0	1	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	**2**
	Q200-Q289	99	107	74	92	99	90	95	72	87	74	95	86	**1.070**
	Q300-Q349	20	11	14	15	14	9	7	8	11	12	17	12	**150**
	Q350-Q379	0	0	1	0	0	0	1	0	0	0	0	0	**2**
	Q380-Q459	5	8	10	6	4	5	0	5	4	2	8	3	**60**
	Q500-Q569	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1	1	0	**3**
	Q600-Q649	60	44	47	59	45	47	63	69	73	61	72	68	**708**
	Q650-Q799	57	53	58	37	53	57	69	74	60	59	51	61	**689**
	Q800-Q899	152	102	108	94	99	102	122	126	129	114	105	100	**1.353**
	Q900-Q999	145	80	92	107	109	104	108	140	155	159	135	146	**1.480**
Total		658	500	490	509	520	495	545	588	616	574	596	577	**6.668**

FUENTE: DEIS-DIPLAS. MINSAL 2015

Manifestó que se producen aproximadamente 600 muertes anuales por malformaciones congénitas, las que ocurren entre las 22 semanas y los 7 días de vida. Detalló que generalmente se trata de fetos o recién nacidos que fallecen por anencefalia, cardiopatía incompatible con la vida o malformaciones genéticas.

Tercera causal

Mujeres víctimas de violación, datos registrados por Carabineros de Chile
2005-2014

Año / Edad	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Menores de 14 años	354	398	462	572	575	505	568	512	533	441
14-17 años	347	448	426	498	511	409	484	407	402	379
18-29 años	548	556	599	652	697	626	673	597	552	540
30-44 años	408	409	384	405	449	412	451	386	380	334
45-64 años	112	114	130	171	171	146	189	139	139	139
65 años y más	20	13	16	14	13	14	23	22	12	14
No identifica	0	0	0	1	1	0	0	0	1	0
Total	1.789	1.938	2.017	2.313	2.417	2.112	2.388	2.063	2.019	1.847

FUENTE: Subsecretaría de Prevención del Delito, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en http://www.seguridadpublica.gov.cl/estadisticas/datos-por-sexo-y-edad/ Consultado el 7 de abril de 2016.

Hizo presente que lo datos entregados en el cuadro anterior emanan de Carabineros de Chile.

A continuación, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra a los restantes señores Senadores.

El Honorable Senador señor Espina consultó si las cifras recién expuestas se refieren a violaciones o a abusos sexuales.

La Ministra señora Castillo sostuvo que se trata del primero de los delitos señalados. Al respecto, precisó que solo el 10% de las mujeres que lo sufrieron se embarazan. Asimismo, indicó que solo el 10% de las mujeres violadas realiza la denuncia correspondiente y que, de ese porcentaje, más del 60% se desiste; por lo tanto, los registros son insuficientes.

El Honorable Senador señor De Urresti celebró que la Comisión esté abordando el presente proyecto de ley y consultó si éste forma parte del programa de Gobierno.

Formuló también algunas consultas respecto a la obligación de denuncia por parte del facultativo en caso de violación, inquiriendo si también existe dicho imperativo en caso de violencia intrafamiliar.

A la vez, demostró su preocupación en relación a la objeción de conciencia, más aún cuando ésta es presentada por un médico perteneciente a una institución de carácter público.

Igualmente, se interesó por conocer el costo del programa de acompañamiento previsto por el proyecto y por saber si éste contempla todas las regiones del país, incluyendo las zonas extremas.

El Honorable Senador señor Pizarro aclaró que la iniciativa en discusión no está contenida en el programa de Gobierno, el cual solamente plantea la promoción del debate sobre el tema. Ello, precisó, debido a una petición formulada por el Partido Demócrata Cristiano. Connotó que una cosa es suscitar una discusión y otra distinta es estar obligado a votar una iniciativa a favor o en contra.

El Honorable Senador señor Larraín consideró del mayor interés recabar de cada uno de los señores Ministros presentes un pronunciamiento acerca de la calidad del embrión o feto, en el sentido de si consideran que éste está dotado de vida humana o si sostienen que solamente constituye una masa biológica que evoluciona y que se desarrolla como un conjunto de células dentro del organismo de su progenitora.

Afirmó que, según su parecer, la criatura que se encuentra dentro del seno materno corresponde a una vida humana, por lo que el trato que debe dársele es justamente el que es propio de la persona o ser humano. Si por el contrario, continuó, se opina que se trata solamente de una masa biológica que evoluciona y se desarrolla, es importante saber a partir de cuando la situación cambiaría.

Otra interrogante que planteó fue precisar qué diferencia existe entre un ser recién nacido y la señalada masa de células

que se encuentra dentro del vientre materno y por qué se justificaría un trato distinto hacia ambos ambos cuando esta última tiene, por ejemplo, seis meses de gestación.

Por otra parte, aludiendo a la segunda causal considerada por el proyecto, referente a la inviabilidad del feto, preguntó en qué se diferencia este último de un recién nacido no apto para vivir y en qué se fundamenta el trato diferenciado que estaría dándoseles. Preguntó si serían lo mismo y si habría un derecho a darles el mismo trato y, en consecuencia, a quitarles la vida.

Constató que las interrogantes formuladas a los señores Ministros presentes se sitúan en el eje de la discusión que la Comisión debe realizar, añadiendo que no puede perderse de vista que la Constitución Política de la República dispone, en su artículo 19, número 1, que “La ley protege la vida del que está por nacer”.

Requirió, en consecuencia, a los señores Secretarios de Estado responder las consultas planteadas.

El Honorable Senador señor Espina recordó que, precisamente, el ámbito de competencia de la Comisión dice relación con los aspectos de constitucionalidad del proyecto de ley en estudio. Por ello, le corresponde analizar si alguna de las tres causales invocadas incurre en alguna vulneración a la normativa constitucional. Destacó que nuestra Carta Fundamental asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, agregando que la ley protege la vida del que está por nacer.

Frente a lo anterior, preguntó cómo se compatibilizan estas reglas con la tercera causal del proyecto, que despenaliza la interrupción del embarazo en caso de violación, situación en que no está en peligro la vida de la madre y tampoco existe inviabilidad fetal.

El Honorable Senador señor Harboe celebró que luego de veintiséis años, el Parlamento tenga la posibilidad de terminar con una de las mayores imposiciones que se han hecho a uno de los derechos fundamentales de que es titular la mujer. Connotó la importancia de realizar un debate serio y responsable sobre esta materia, en el cual todas las posiciones que sean legítimas son recogidas.

Indicó que la Comisión enfrentará no solo el debate respecto a la juridicidad o constitucionalidad del aborto o de la distinción moral de cuando nace la vida humana, sino que también deberá discutir la eventual contradicción que puede producirse entre el rol público del legislador y las legítimas creencias individuales de la ciudadanía. Expuso que es legítimo que un Parlamentario, en su actuar legislativo, intente

plasmar en un texto legal una visión de la sociedad. No obstante, continuó, la pregunta que surge es que si es legítimo que un legislador imponga una determinada creencia a toda la sociedad.

Para situar el contexto del debate, hizo notar que en la iniciativa en discusión no se está proponiendo una norma imperativa que obligue a las mujeres a interrumpir el embarazo, sino solamente se busca evitar la penalización de una acción voluntaria, médicamente certificada y acotada a tres causales.

Se trata de una discusión, dijo, que radica en determinar hasta dónde se va a otorgar al Estado el poder de coartar la libertad y, en este caso en particular, el derecho que asiste a una mujer a interrumpir el embarazo en determinadas circunstancias. Recordó que Valéry Giscard d'Estaing, expresidente de Francia, promotor de los valores conservadores y católicos, señaló que “Las creencias son de cada uno, pero las leyes son de todos y todas.”.

Hizo presente que en el tema en estudio no hay absolutos, añadiendo que éste ha formado parte de debates desarrollados incluso al interior de la Iglesia Católica, la cual ha discutido latamente sobre el momento en que se genera la vida. Señaló que, además, existe vasta literatura al respecto, que es digna de ser observada.

Apuntó que la Comisión deberá discutir principalmente si nuestro texto constitucional admite la interrupción del embarazo, indicando que una labor interesante a realizar por esta instancia consistirá en revisar las actas constitucionales de la Carta Fundamental que nos rige. Puso de manifiesto que los constituyentes, más allá de su conservadurismo estructural, por amplia mayoría consignaron de manera expresa la posibilidad de contemplar la interrupción del embarazo.

Connotó que todas las posiciones son legítimas y que será tarea de esta Comisión hacerse cargo de una realidad. Recordó que la Ministra de Salud, señora Castillo, expuso un conjunto de estadísticas que dan cuenta de una situaciones relevantes, como son mortalidad materna derivada de un aborto y las mujeres que han sido objeto de uno de los delitos más deleznables como lo es la violación. Destacó que en el contexto actual, el Estado -que no se ha hecho cargo de prevenir y evitar el mencionado delito-, se estaría arrogando la facultad de prohibir la interrupción del embarazo a la mujer que ha sido víctima del mismo.

Reiteró la relevancia del proyecto de ley presentado por el Gobierno y enfatizó que había llegado el momento de debatirlo con altura de miras.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya, agradeció la presentación del proyecto de ley realizada por parte del Gobierno y sostuvo que el centro de la discusión inicial que se dará en el seno de la Comisión consistirá en conocer las convicciones filosóficas, morales o religiosas existentes respecto de cuándo comienza la vida y a partir de qué momento ésta es protegida jurídicamente.

Subrayó que en este propósito se debe pensar en el bien común, independientemente de las convicciones personales de cada Parlamentario, compartiendo lo señalado por el Honorable Senador señor Harboe respecto al sentido de las actas constitucionales y recordando, además, que el aborto terapéutico estaba despenalizado hasta el año 1989.

En relación a las tres causales que la iniciativa en estudio contempla, sostuvo que la primera de ellas, a saber, interrumpir el embarazo cuando la mujer se encuentre en riesgo vital, es la menos polémica, porque actualmente existen las causas de justificación en el Derecho Penal y ningún médico que haya practicado un aborto por salvar la vida de la madre ha terminado procesado.

Aseveró que la más compleja de dichas causales es aquella que posibilita interrumpir el embarazo cuando éste es producto de una violación. Señaló que lo planteado por la Ministra de Justicia y Derechos Humanos, señora Blanco, le provoca dudas respecto de lo que ocurrirá con las investigaciones penales a que pueda haber lugar, porque desde el momento en que la víctima no comparece hay escasa posibilidad de poder esclarecer los hechos. Por otra parte, recalcó que debe cerrarse toda opción de que a través de esta causal se franquee el aborto libre.

Consignó que el proyecto de ley plantea que la objeción de conciencia solo la podrá ejercer el cirujano llamado a realizar la interrupción del embarazo, por lo que la pregunta que surge es si ésta también puede ser invocada por otro miembro del equipo médico, como por ejemplo, una enfermera. Remarcó que algunas instituciones de salud han manifestado la necesidad de realizar objeciones de conciencia a nivel institucional, a pesar de que ésta corresponde a una facultad de índole personal e individual. Hizo presente, asimismo, que la iniciativa no contempla ninguna norma que resguarde al médico que, trabajando en una institución de salud como la descrita anteriormente, esté dispuesto a practicar un aborto.

El Honorable Senador señor Harboe solicitó información sobre el número de mujeres formalizadas y condenadas por el delito de aborto y consideró igualmente necesario que el Servicio Médico Legal entregue una estadística sobre las violaciones cometidas.

Abordando la consulta del Honorable Senador señor Larraín respecto al comienzo de la vida, **el Ministro Secretario General de la Presidencia, señor Eyzaguirre,** señaló que ello corresponde a una pregunta que ni siquiera la ciencia ha podido contestar. Relató que algunos han señalado que tal momento tiene lugar cuando se forma el cerebro de la criatura, en tanto que otros sostienen que hay vida desde que se forma el sistema nervioso, habiendo también quienes opinan que ello ocurre desde el mismo momento en que el embrión se aloja en el útero materno. Hizo notar que se trata de una materia opinable, sobre la cual la ciencia no ha podido dar una respuesta inequívoca, razón por la que dependerá de la creencia o convicción de cada uno el determinar desde cuándo hay vida.

El Honorable Senador señor Larraín pidió al señor Ministro manifestar su opinión personal al respecto.

El Ministro señor Eyzaguirre hizo presente, en primer lugar, que es católico, añadiendo que la pregunta formulada sería relevante si se estuviese discutiendo sobre interrupción del embarazo sin necesidad de expresar causa, porque en ese escenario habría que determinar desde qué momento existe la vida. Enseguida, declaró no estar preparado para dar una respuesta, añadiendo que se encuentra en un estado de reflexión al respecto. Añadió que, sin embargo, lo que se discute es si el Estado tiene derecho a ejercer su poder coercitivo sobre una mujer que está embarazada y que ante circunstancias muy delimitadas y dentro de plazos muy acotados, decide interrumpir el embarazo.

Preguntó si el Estado tiene el derecho a obligar a una mujer a proseguir con una situación que ella no causó ni eligió, como es el embarazo que es consecuencia de una violación. Ante circunstancias como ésta, se mostró partidario de limitar el poder coercitivo del Estado, manifestando su completo apoyo a la iniciativa en estudio.

El Honorable Senador señor De Urresti hizo notar que lo que se señala en el programa de Gobierno sería distinto a lo expresado por el Honorable Senador señor Pizarro, solicitando, en consecuencia, una respuesta al Ministro señor Eyzaguirre.

El Ministro Secretario General de la Presidencia, señor Eyzaguirre, expuso que en el programa de Gobierno se señala expresamente lo que sigue: “Promoveremos políticas destinadas a reforzar la autonomía de las mujeres. Esto incluye una ley de derechos sexuales y reproductivos acorde a las realidades y opciones de las personas; educación sexual laica y humanista en los colegios; acceso a servicios de salud sexual y reproductiva; disponibilidad efectiva de métodos anticonceptivos, incluyendo la anticoncepción de emergencia; y

despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en caso de peligro de la vida de la madre, violación o inviabilidad del feto.”.

La Ministra de Justicia y Derechos Humanos, señora Blanco, expresó que en la doctrina existen dos posibilidades de enfrentar las consultas del Honorable Senador señor Larraín. Una es entender que el embrión o feto corresponde a un bien jurídico susceptible de ser protegido, en tanto que la segunda consiste en considerarlo como un sujeto de derecho.

Enfatizó que la Convención Interamericana de Derechos Humanos admite en su artículo 4°, número 1, 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.”. Manifestó que teniendo en consideración estas reglas, se trata de generar la necesaria compatibilidad frente a la pugna de derechos que plantean las tres causales que se están debatiendo. No se trata, puntualizó, de buscar una puerta abierta para el aborto ni tampoco de ocuparse preferentemente del éxito de la persecución penal. Para ella, aclaró, como católica, el objetivo es atender a esta pugna y encontrar la correspondiente regulación que la solucione.

Consignó que el Derecho Penal no es la única rama del derecho que permite proteger la vida del que está por nacer, agregando que existe el régimen de excepción cuando se produce una colisión de derechos. Hizo notar que la legítima defensa es un buen ejemplo de lo anterior. Precisó, a continuación, que en el proyecto en estudio se genera una compatibilidad o proporción en el análisis de los dos derechos que están en pugna, indicando que lo que se está haciendo es justamente regular dicha contienda para tres causales muy específicas.

Añadió que la Convención antes citada protege la vida y utiliza la expresión “y, en general, a partir del momento de la concepción”, porque se sabe que si se considerara dicho derecho de manera absoluta, se vulnerarían los derechos de la madre.

Reseñó que es partidaria de establecer cada una de las especificidades que caracterizarán el marco que se establezca, a partir del cual se fijarán las correspondientes excepciones.

Agregó que cuando una mujer solicita la interrupción del embarazo por verse afectada por una violación, se genera todo un procedimiento en el equipo de salud que se conforma para poder determinar si ella ha sido víctima de ese delito. Aseveró que la obligación de poner en conocimiento del Ministerio Público el delito de violación reduce drásticamente las opciones de que se abra la puerta al aborto libre. Hizo presente que, según el proyecto, la víctima tendrá el derecho de decidir si

declara o no, lo que no obstará a que el fiscal pueda acreditar la violación a través de otros medios de prueba. En consecuencia, subrayó que con la tercera causal de ningún modo se abre la puerta al aborto libre.

Indicó que en la doctrina se habla de la “tabla de Carnéades”, que alude a la situación en que se encuentran dos personas en la mitad del océano con una sola tabla, en la que cabe solo una de ellas. Aseveró que el instinto de sobrevivencia generará que ambas intenten aferrarse a la tabla. La pregunta que surge, añadió, es si es lícito que la persona que cogió el objeto y se salvó, pueda ser condenada por homicidio. La respuesta, dijo, es que no sería lícito ni viable sancionarla. Añadió que nunca los derechos son absolutos, como tampoco lo son las consideraciones que se hacen en el ámbito penal.

El Honorable Senador señor Larraín comentó que de la respuesta de la señora Ministra Blanco puede deducirse que ella entiende que en la criatura en gestación hay vida humana, aun cuando habría otros derechos superiores que, regulados por el Estado, permitirían privarla de esa vida.

La Ministra señora Blanco expuso que no le cabe duda en cuanto a considerar a la criatura que se encuentra en el vientre materno como un sujeto de derecho, estimando que su vida debe compatibilizarse con otros derechos que también están consagrados en nuestra Carta Fundamental.

El Honorable Senador señor Larraín consultó entonces a la señora Ministra si cuando habla de sujeto de derecho, está reconociendo que hay vida humana en el feto que se encuentra al interior del vientre materno.

La Ministra de Justicia y Derechos Humanos, señora Blanco, reiteró que en ese caso estamos en presencia de un sujeto de derecho, añadiendo que cuando hay dos derechos en pugna, tanto la Constitución Política de la República de Chile como el Pacto de San José de Costa Rica admiten ciertas excepciones. Agregó que en este caso, el derecho a la vida del que está por nacer colisiona con el derecho a la vida de la madre.

En relación a la confidencialidad prevista por el proyecto, explicó que si no se está en presencia de alguna de las tres causales que se consagran, el funcionario público tiene la obligación de denunciar la comisión del delito de aborto.

Por otra parte, en cuanto a la objeción de conciencia, advirtió que ella es personal e individual y no institucional. Expuso que si se autorizara a un centro de salud a ejercer la mencionada

facultad se produciría un daño a terceros en el acceso a un derecho. A la vez, constató que la objeción de conciencia no se encuentra regulada en otra norma, mas sí en fallos judiciales. Afirmó que no se puede supeditar la contratación de una persona al hecho de ser o no partidaria de ejercer la facultad antes mencionada. Consignó que puede suceder que un médico se niegue a practicar un aborto, pero lo que no puede pasar es que no se conozcan los protocolos que deben ejecutarse cuando ello suceda. Recordó que esta objeción debe expresarse por escrito y previamente. No obstante lo expuesto, opinó que tratándose del ámbito público, cabe esperar que los médicos que sean contratados compartan las normativas del Estado.

El Honorable Senador señor De Urresti consultó si dicha objeción puede ser ejercida por otro tipo de profesional, como un juez o una enfermera.

La Ministra señora Castillo declaró que se trata de un acto médico, razón por la cual solo este facultativo puede invocarla. Complementariamente, explicó que lo anterior obedece a que él es quien dirige y lidera el equipo respectivo.

En relación al caso en que esté en riesgo vital la madre, precisó que ella puede decidir dar la vida por su hijo, agregando que existen casos de madres que han dejado de tratarse una enfermedad grave por salvar la vida de aquél, falleciendo, en definitiva, ellas y sobreviviendo este último.

Respecto al valor del programa de acompañamiento, informó que corresponde a un monto adicional a lo que ya existe en la red pública de salud, incluyendo las zonas extremas donde existe una estructura sanitaria de apoyo. Añadió que además existen sesenta y nueve establecimientos de alta complejidad en todo el país. Precisó que la suma adicional asciende a $ 3.300.000.000 y está destinada a capacitación de funcionarios y a contratación de especialistas. Destacó que a partir del segundo año, el monto mencionado disminuye a $ 2.100.000.000 para la continuidad del acompañamiento. Este programa, dijo, es integral e incorpora lo ya existente en la red pública de salud.

La Ministra de la Mujer y Equidad de Género, señora Pascual, relató que la iniciativa no pretende imponer a una persona qué hacer ante una decisión tan compleja como es la de poner fin a un embarazo, recordando que las convicciones que subyacen bajo esta situación son diversas y personales y que al Estado le corresponde impulsar proyectos para todos los ciudadanos.

Hizo presente, luego, que la ciencia no ha logrado concordar de manera fehaciente cuándo comienza ni termina la vida humana. Efectivamente, señaló, el embrión es un ser vivo, pero la idea es

abrir alternativas ante ciertas circunstancias y no obligar a la mujer a seguir un camino único como es mantener el embarazo. Consideró que un proyecto como éste naturalmente es complejo, pues implica no solo acoger las difíciles realidades que importan las tres circunstancias mencionadas, sino que también hacer más concordante la protección que se da a quien está en gestación y la necesidad de evitar riesgos para la salud de la mujer. No obstante, expresó que le asistía la convicción de que se podía avanzar en esta materia.

El Honorable Senador señor Larraín dejó constancia de la gravedad que, a su juicio, implica que las preguntas por él realizadas en una sesión de la Comisión no sean contestadas por los señores Ministros de Estado presentes. Precisó que la Ministra de Salud, señora Castillo, no respondió ninguna de las consultas, en tanto que los demás señores Secretarios de Estado solo contestaron una de ellas. Deploró que los planteamientos realizados sobre una materia tan delicada no fueran objeto de una respuesta o que las que se proporcionaran pudieran resultar contradictorias. Le pareció igualmente grave que un Secretario de Estado no tuviera una posición frente al tema consultado o que se indicara que pese a que el embrión es un ser vivo, otros podrían decidir sobre su vida.

El Honorable Senador señor Harboe insistió en que el Estado tiene una obligación frente a la realidad, la cual impone una responsabilidad en lo colectivo. Expresó que este Parlamento nunca ha debatido sobre el inicio de la vida humana, sosteniendo que tampoco este es el momento de hacerlo, porque la ciencia, la teología y la filosofía aún no se ponen de acuerdo al respecto. Esta definición, precisó, supera con creces las posibilidades del Congreso Nacional.

Añadió que este tema no es pacífico y citó el fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica recaído en el caso Roe v. Wade, en el cual señala: “Si la ciencia, la filosofía y la teología, los expertos, no han sido capaces de tener una definición sobre el punto (inicio de la vida), no le pidan a este Poder Judicial que establezca cuando se inicia la vida humana.”.

Agregó que en la declaración sobre el aborto de 1974 de El Vaticano, en la cual se refirió al comienzo de la vida, se expresa: “No hay sobre este punto una tradición unánime, y los autores están todavía divididos.”. Indicó que en dicho documento se cita a San Agustín y a Santo Tomás de Aquino, quienes tenían dudas si el feto al inicio del embarazo podía ser considerado persona.

Instó a evitar que el debate se reduzca a recabar el parecer de autoridades determinadas, pues se trata de reducir el poder del Estado frente a situaciones determinadas en que se impone a las mujeres una concepción específica y se las sanciona penalmente si no la observan.

Manifestó que la presente discusión –que debió realizarse hace veintiséis años- debe caracterizarse por su altura de miras.

El Honorable Senador señor De Urresti señaló que no compartía del todo la visión de la Ministra señora Castillo en relación a la objeción de conciencia y pidió a la Biblioteca del Congreso Nacional llevar a cabo un estudio sobre el particular, enfocando el tema desde el punto de vista del derecho comparado.

Sesión del día 26 de octubre de 2016

En esta oportunidad, **la Comisión** dio inicio a las audiencias destinadas a recibir las opiniones de juristas expertos en la materia, partiendo por aquellos dedicados al Derecho Constitucional y a la Filosofía del Derecho. En esta sesión, escuchó a las señoras Soledad Alvear y Vorónica Undurraga y al señor Agustín Squella.

En primer término, se ofreció la palabra a **la abogada, ex Senadora y ex Ministra de Justicia, del Servicio Nacional de la Mujer y de Relaciones Exteriores, señora Soledad Alvear.**

La señora Alvear comenzó su intervención señalando que se le ha solicitado una opinión política y jurídica sobre el proyecto de ley de regulación del aborto en tres causales que ha presentado el Gobierno, haciendo notar que ha sido invitada en su calidad de representante de una visión de mundo que pone en el centro de sus valoraciones sociales a la persona humana y su dignidad, porque esa mirada tiene algo importante que aportar en este debate.

Expuso que el humanismo cristiano, como decía don Jaime Castillo Velasco, implica ser personalista y ser comunitario, esto es, construir toda la visión de mundo desde la noción del prójimo. Cuando se concibe a otro ser humano como prójimo, es decir, como a un hermano, se proponen todas las soluciones sociales considerando que ese otro es alguien que vale moralmente tanto como uno. Por ello, dijo, el desafío máximo de quienes participan en política -intentando ser coherentes con el humanismo cristiano–, es ayudar a construir una sociedad inclusiva, donde todos los seres humanos sean tratados como merecen serlo, en virtud de su propia e inherente dignidad. Nadie queda afuera, enfatizó, en especial los más débiles, las mujeres que sufren, sus hijos no nacidos, los viejos, los enfermos, los presos, los niños huérfanos. Reconoció que, por ello, ser persona y ser prójimo es reconocer en todo miembro de la familia humana su valor moral y su dignidad y tratarlo en consideración a como ésta lo merece, es decir, de manera igual a como uno mismo merece ser tratado.

Agregó que en su presentación intentaría precisamente abordar aspectos jurídico-constitucionales, político-ideológicos y también sociales del proyecto de ley en estudio.

Indicó que habiendo transcurrido más de medio siglo desde el término de la segunda guerra mundial y desde que la sociedad occidental reconociera la imperiosa necesidad de establecer estatutos mínimos que eleven la dignidad humana a un núcleo axiológico y fuente moral de los derechos fundamentales –esto es, extraer de la arbitrariedad del poder temporal la valoración moral de todo ser de la especie humana- parece evidente que los nuevos conflictos sociales están poniendo a prueba el verdadero rendimiento de aquella decisión política internacional. Las propuestas desde perspectivas individualistas, utilitaristas y relativistas han planteado en el resto del mundo solo en la última década, la necesidad de "instrumentalizar" a ciertos seres humanos, siempre arguyendo que se trataría de casos excepcionales y con el objetivo de alcanzar un bien que puede entenderse cuantitativa o cualitativamente como de mayor valor. Así, por ejemplo, la necesidad de derribar un avión con inocentes frente a ataques terroristas que afectan a una mayor cantidad de personas o la justificación de la tortura como forma excepcional de persecución penal frente a crímenes graves, aparecen como las más alarmantes pero no las únicas. Indicó que, entre nosotros, las encuestas demuestran que una inmensa mayoría de la población sigue estando a favor de la pena de muerte como una herramienta eficiente de control social. También se argumenta, con bastante capacidad de convencimiento, que existirían temas en que, por no existir acuerdo respecto a si podemos instrumentalizar al ser humano para alcanzar un fin valioso, deberíamos solucionarlos dejando a la moral particular dicha decisión.

Anunció que intentaría demostrar que el proyecto de regulación del aborto presentado por el Gobierno está muy lejos de proponer una solución que solo busque sustituir la herramienta penal como modelo de protección del no nacido y modificarla por otra menos intensa, como han tratado de justificar varios políticos y académicos en este Parlamento. Enfatizó que no se trata de una regulación neutra desde la perspectiva valorativa ni de una mera sustitución penal, sino que se opta por un modelo de sociedad que no es neutro y que dudó que sea el que varios de los señores Parlamentarios pretenden construir.

Hizo presente que la presente iniciativa no busca proveer una mejor calidad de vida a las mujeres, razón por la cual se debe rechazar. Por el contrario, subrayó que la razón para tener que desechar este proyecto radica en que el modelo de regulación elegido por el Gobierno, de entre muchos existentes en el derecho comparado, no solo es contrario a la visión que representan los humanistas cristianos, sino que es abiertamente contrario a la Constitución y, debido a su forma técnicamente mal construida, es, además, tremendamente riesgoso para la vida de las mujeres y sus hijos.

A continuación, abordó ciertas cuestiones generales sobre la inconstitucionalidad de la iniciativa.

Sostuvo que el Gobierno ha optado, como modelo regulativo del aborto, por la llamada “solución de indicaciones” respecto de las dos primeras causales y, aunque encubierta, por la llamada “solución de plazos” para la tercera causal, relativa a la violación.

Connotó que el presupuesto del modelo de “indicaciones” consiste en que el ordenamiento jurídico a nivel constitucional debe reconocer que existen dos estatutos de seres humanos distintos, de manera tal que uno de ellos –el de los ya nacidos– implique el reconocimiento absoluto y sin exclusión de su dignidad y titularidad de derechos humanos, mientras que el otro –el de los seres humanos no nacidos (esto es, hasta los 9 meses de gestación)– solo reconozca que ellos constituyen un objeto de valor, pero que por su naturaleza instrumentalizable serían perfectamente ponderables frente a otro tipo de intereses.

Añadió que dicha solución de indicaciones, por lo mismo y como bien ha sostenido el Gobierno respecto de su proyecto, no constituye un modelo de aborto libre, precisamente porque al reconocer en el no nacido un objeto “valor”, estaría obligado a protegerlo como regla general. Estimó que no existiría problema alguno en ponderar la vida del no nacido con otros intereses y en reconocerse situaciones excepcionales o “también llamadas indicaciones”. Precisamente, dijo, es lo que ocurriría con las dos primeras causales. Con ello, el modelo elegido está muy lejos de ser neutro ideológica, política y jurídicamente y opta por un esquema de sociedad en que no todos los seres humanos son igualmente dignos y, por lo mismo, sujetos de derechos humanos, ya que algunos de ellos –los no nacidos– deberán ser excluidos de dicha calidad para poder ser ponderados.

Acotó que en la tercera causal, aunque de manera encubierta, el Gobierno opta por la llamada “solución de plazos” o “modelo de plazos”, en la medida en que dicha causal o indicación es sometida a un estándar de acreditación mínima o inexistente. Expresó que estos modelos se basan en reconocer los mismos dos estatutos de protección de seres humanos, el de objeto y el de sujeto, aunque esta vez agrega una etapa en que los seres humanos no reciben ninguna valoración y, por lo mismo, son “libremente” disponibles por parte de la madre, sin necesidad de ponderación alguna con otros intereses. Así, entonces, el Gobierno no reconocería un estatuto de protección en el período que va desde la concepción a las primeras 14 semanas de gestación y, por lo mismo, sería disponible fácilmente por la progenitora.

Manifestó que quienes no concuerdan con dicha interpretación, sostienen que el modelo de la tercera causal sigue siendo el

de la solución de indicaciones, solo que su fundamentación radica en la necesidad de aceptar que el deber de la madre de mantener su embarazo es meramente solidario, esto es, que ninguna mujer tiene el deber de poner su cuerpo a disposición de su hijo para su supervivencia, como consecuencia del derecho a la vida. Así las cosas, con este proyecto se renunciaría a la protección constitucional y legal del no nacido, la que se concibe como una cuestión privada o de moral individual en casos en que el embarazo ha sido forzado. De este modo, prosiguió, la tercera causal se construiría sobre la base de que 1) el no nacido es solo objeto de valoración ponderable y 2) que no existiría para la madre el deber de permanecer embarazada.

Declaró que el reproche a nivel constitucional, adicional a los ya formulados a propósito de las causales anteriores, es evidente. En efecto, la posibilidad de nacer de ese ser humano que ha sido engendrado en un ataque sexual –a diferencia de los demás seres humanos– dependerá de la virtuosidad individual de su madre, ya que el Estado renunciaría a la protección constitucional sin proponer una medida sustitutiva. Explicó que resulta ser evidentemente "poco razonable" (y, por lo mismo, desproporcionada) la conclusión de que del argumento de la inexigibilidad de mantener un embarazo en ciertos casos de relaciones forzadas, se derive la posibilidad de autorizar la muerte del hijo.

Aseveró que en términos jurídicos las tres causales o indicaciones son reguladas específicamente en el Código Sanitario, por lo que se trata de normas permisivas que, en el derecho penal, tienen una naturaleza "justificante". Adujo que lo anterior significa que las causales resuelven la tensión de intereses, asumiendo que la conducta típica del aborto se encontraría excepcionalmente permitida y, por lo mismo, sería conforme con el derecho. Se trata, entonces, de casos de legalización del derecho a abortar en casos excepcionales, pero de una legalización al fin.

Precisó que este modelo, por lo tanto, no solo entra en colisión con la visión de mundo del humanismo cristiano en tanto propone una solución que tiene como "núcleo operativo" la "exclusión" del estatuto de reconocimiento de derechos humanos a todos los "seres no nacidos", sino que adicionalmente entra en abierta colisión con normas que son comunes a todos los chilenos. Es el cado del artículo 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece expresamente que "todos los seres humanos son persona" y que "las personas tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica", esto es, el derecho a ser sujeto de derechos. En la misma línea y en forma coherente con una interpretación sistemática, colisiona abiertamente con los artículos 1° y 19 N° 1 de la Constitución chilena, que establece el deber del Estado de reconocer dicho estatus constitucional y proveer protección legal.

Destacó que las causales propuestas adolecen de una serie de errores técnicos que no logran una mejor situación para la

mujer, además de arriesgar su vida y su salud y de crear un riesgo desproporcionado para el no nacido no contemplado en ellas.

1.- Causal de riesgo de vida para la madre

Respecto a la primera causal y considerando que se comparte la necesidad de autorizar actos médicos que tiendan a salvar la vida de la madre, expuso que la exclusión del estatuto de derechos humanos a un grupo de éstos se traduce operativamente en que, respecto de ellos, se modifica la máxima social de que “nadie está autorizado a eliminar directamente a un inocente”, la cual tiene su fundamento en que aquello equivaldría a negarle su valor intrínseco, esto es, de fin en sí mismo. Consideró que solo podrían existir excepciones –como la legítima defensa– que tengan su fundamento en la organización de ofensor, esto es, ser consecuencia de la organización de su propia existencia personal. Agregó que este proyecto, sin embargo, sustituye aquella máxima social por la autorización de la muerte directa en caso de riesgo para la madre, esto es, el médico no requeriría hacer un esfuerzo por salvar al hijo –por ejemplo, eligiendo aquella maniobra que presente más probabilidades de salvarle la vida- ya que ello no sería exigible.

Advirtió que es precisamente aquella razón –la necesidad de tratar al no nacido de manera digna y mantener la máxima social de la prohibición de matar a un inocente– lo que motiva que le parezca infinitamente superior la propuesta realizada por los Honorables Senadores señores Walker, don Ignacio, Pizarro, y Zaldívar, y por el exsenador señor Ruiz-Esquide, que considera al nonato como sujeto de derechos, que autoriza la acción médica en favor de la madre y solo acepta como legítima la muerte indirecta del bebé, esto es, aquella que es consecuencia no querida, aunque prevista, de la intervención médica (Boletín Nº 7.965-11).

2.- Causal de inviabilidad del embrión o feto

Sostuvo, a continuación, que la configuración de la segunda casual es probablemente la “indicación” más compleja y riesgosa tanto para la vida y salud de la madre, como para los no nacidos no cubiertos por la causal. Para qué decir, destacó, el riesgo para el ser humano que sí está cubierto por la causal, que es radical y absoluto.

Manifestó que esta causal, ubicada en el modelo de indicaciones, se construye en el proyecto de Gobierno sobre la base de la autorización excepcional de una conducta de eliminar directamente a un ser humano inocente por entender que ciertas cualidades accidentales de este, es decir, su posible incapacidad de vivir extrauterinamente por una alteración congénita o genética, pueden constituir una carga inaceptable y, por lo mismo, no exigible para la madre.

Señaló que la autorización legal en el Código Sanitario tanto a la madre –para solicitar la intervención de un médico– como al médico para producir directamente la muerte, sin embargo, están construidas para facilitar y garantizar al máximo el acceso a la intervención médica, aunque ignorando absolutamente las consecuencias y riesgos, que desde el punto de vista médico, estas intervenciones implican. Explicó que los problemas están radicados en el bajo estándar exigido para la certificación de la alteración congénita o genética que autoriza la correspondiente intervención y en el bajo estándar profesional requerido para intervenir a la madre.

Agregó que hay algunas cuestiones que no son consideradas en la construcción de esta casual. Son las siguientes:

i) El proyecto de ley configura la segunda causal en base a dos conceptos: la “alteración estructural congénita o genética” y un elemento sustantivo “de carácter letal”, que vendría a ser el determinante.

Dicha propuesta, connotó, supone que la alteración congénita y genética y la letalidad no reúnen problemas para ser acreditadas por un profesional medio. Sin embargo, prácticamente todas las patologías que tienen las características exigidas no pueden ser certificadas o diagnosticadas con total certeza, ni menos aún con los estándares de seguridad que una autorización de esta naturaleza debería exigir. Apuntó que la medicina ha descartado de manera certera y absoluta la existencia de criterios que permitan predecir en qué casos el mismo diagnóstico llevará a ser niños incompatibles con la vida extrauterina. Así las cosas, expresó que la incertidumbre basal de la indicación es de tal magnitud y el riesgo tan desproporcionado para niños no cubiertos por la causal, es decir, niños sanos, que la autorización de la interrupción del embarazo o el aborto se vuelve extremadamente desproporcionada.

Recordó la experiencia de Nevenka Astudillo en el norte de nuestro país, que pasó por el diagnóstico errado de más de 7 médicos. Sin embargo, el hijo que esperaba, Etián, contaba con todas las posibilidades de vivir y hoy con 9 años es un niño maravilloso. Informó que la cantidad de casos similares es alarmante, al punto que la posibilidad de equivocarse es extremadamente alta.

Declaró que el concepto de “alteración letal” –que, en todo caso, es bastante mejor que el original de la iniciativa que era “incompatible con la vida extrauterina”– es tan difuso y tan amplio conceptualmente, que puede ser utilizado para llevar a cabo abortos de naturaleza “eugenésica” o de selección de calidad de los fetos. Afirmó que aquello, por cierto, vulnera la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, que incluye la prohibición de

hacer distinciones y exclusiones por motivos de discapacidad y que abarca a los niños desde la concepción, al vincular sus artículos 2 y 7.

Manifestó que, estructuralmente, la mayor complejidad radica en que esta causal identifica en el concepto de “letalidad” la causa basal de la autorización, sin considerar que la mera certificación de la patología estructural puede considerarse *per se* letal. Agregó que las patologías más habituales no constituyen patologías que impliquen *per se* la letalidad y, por lo mismo, la inviabilidad o incompatibilidad absoluta con la vida extrauterina. Se trata de patologías respecto de las cuales se puede augurar una sobrevida distinta, que puede variar entre horas, meses o años, pero que es muy difícil de “pronosticar” con meridiana certeza.

Consideró que lo más alarmante radica en que aquella “causa basal” o “estándar probatorio” de la causal de difícil certificación, según lo dispone el mismo proyecto, puede ser pronosticada por profesionales no especializados o sin subespecialidad, esto es, por un mero cirujano, cuestión que no se condice con una medida mínima frente a la complejidad que ofrece el diagnóstico de las patologías.

Aseveró que las posibilidades de eliminar a niños no cubiertos por la causal, ya sea por error o por razones eugenésicas o de selección de seres humanos, es escandalosa.

ii) Una segunda cuestión no considerada por el proyecto, a juzgar por la técnica legislativa utilizada, radica en que no considera que solo a mayor edad gestacional es posible diagnosticar con una meridiana posibilidad de certeza la existencia de una patologías congénita o genética, aunque nunca la letalidad. Si aquello es así, añadió, la intervención médica tardía representa un riesgo evidente para la vida de la madre que es desproporcionadamente alto si se compara con los riesgos del parto de término. Hizo notar que según informan médicos especialistas, en embarazos sobre las 26 o 28 semanas y en algunos otros casos especiales, la única forma de interrupción es realizar una micro-cesárea, en circunstancias que el útero no está preparado en su segmento donde se hace la cesárea y puede generar más daño y complicaciones. Lo mismo ocurre para aquellos embarazos interrumpidos por vía vaginal, con el aumento de partos prematuros en embarazos posteriores.

Aseveró que las afectaciones para la salud de la madre e incluso su riesgo de vida es desproporcionadamente mayor si se considera que el proyecto autoriza a cualquier médico cirujano, aunque no sea especialista o subespecialista, para intervenir quirúrgicamente a la madre, sin perjuicio de los ya conocidos riesgos para su vida. Opinó que no exigir una especialidad para esta intervención representa una irresponsabilidad política de envergadura. Enfatizó que si ya en manos de

especialistas los riesgos son altos, es de imaginar lo que se ofrece como solución a una mujer en este dramático trance.

iii) Finalmente, explicó que este proyecto no considerado que la literatura especializada dispone que la mejor solución de política pública para estos casos es implementar programas de acompañamiento que provean de apoyo actual, oportuno, individual, insustituible y permanente a la madre y a su entorno familiar y social, cuando, aunque sin certeza, se prevé próxima la muerte del hijo. Decisiones como el adelantamiento del parto -cuestión perfectamente posible sin modificar nuestro ordenamiento jurídico actual- deben ser consideradas en un entorno humano y de apoyo familiar y social que es indispensable. En la actualidad, no existe un proyecto necesario que realice en Chile una tarea multiprofesional e interdisciplinaria de apoyo médico, humano y social a las familias, tales como médicos pediatras neonatólogos, matronas o enfermeras matronas, del área de la puericultura y del control prenatal, médicos obstetras y perinatólogos, psiquiatras, psicológos, profesionales del área de la salud mental, profesionales de servicio social y personas de la comunidad más cercana a la realidad espiritual de los pacientes.

3.- Causal de violación

En relación a la tercera causal, afirmó que si bien el principal problema radica en la legalización de la disponibilidad del ser humano sano e inocente –cuestión evidentemente inconstitucional- y en el inexistente estándar probatorio de la causal que transforma a esta indicación en un verdadero sistema de plazos y que implica disponibilidad absoluta del ser humano, lo claro es que adicionalmente se plantea “la eliminación directa del hijo” como solución al problema de la violación y el embarazo. Precisó que aquello solo responde a razones evidentemente ideológicas y no a las necesidades médicas y sociales reales de la madre. Este proyecto, dijo, solo le ofrece a ella el aborto como solución, pero luego la abandona.

Agregó que la literatura especializada más bien indica que los estados de vulnerabilidad que enfrentan las madres que han sido violentadas sexualmente y han quedado embarazadas involuntariamente, deben enfrentarse con un apoyo y acompañamiento integral de manera de posibilitar la búsqueda de fuentes de configuración de sentido a la vivencia y un nexo con las instancias de control prenatal y de resolución del embarazo, que permitan una toma de decisiones respetuosa de la cultura, tradiciones y significados que la paciente y su familia le confieren a ese proceso. La alternativa de abortar –que es lo único que garantiza este proyecto– no solo puede causar un daño psicológico mayor y plantear riesgos anímicos a largo plazo para la mujer adicionales a los del ataque sexual, incluyendo estrés post traumático, depresión, conductas suicidas y ansiedad, etc., sino que adicionalmente resulta ser el medio más precario e ineficiente de política social en favor de ella.

Estimó que no cabe duda que la penalización o amenaza de pena del aborto en casos extremos como estos puede ser revisada e incluso sustituida por medios más idóneos para enfrentar tanto la protección del no nacido y de su madre. La búsqueda de medios más eficientes y menos gravosos para las personas, en especial una madre con un embarazo causado por una violación, es una cuestión que siempre debe ser analizada y revisada. Afirmó que en ese aspecto no radica el problema de la inconstitucionalidad del proyecto. En realidad, continuó exponiendo, el proyecto está muy lejos de revisar solamente la punibilidad del aborto y excluirla basándose en razones personales de la mujer, en cuyo caso se estaría proponiendo una causal de exculpación. Aseveró que, en fin, la iniciativa no considera una solución real para las mujeres.

A modo de conclusión, enfatizó que ha concurrido no solo como jurista para explicar las razones técnicas de la contradicción que existe entre el proyecto y los tratados internacionales sobre derechos humanos y la Constitución, sino esencialmente como representante de una ideología humanista cristiana que, a diferencia de tantas doctrinas, propone la construcción de una organización humana caracterizada por ampliar progresivamente el círculo de inclusión, procurando que nadie quede fuera. Por ello, pone su acento en la defensa y la representación de aquellos que están en las fronteras: los débiles, los perseguidos, los discriminados, los que sufren. Siendo coherente con aquello, opinó que el proyecto sobre aborto que ha presentado el Gobierno precisamente se construye sobre la base de la exclusión de un grupo específico de seres humanos del “estatuto de protección de derechos humanos”, de manera de posibilitar la instrumentalización y ponderación. Pero no solo aquello, agregó, sino adicionalmente –con el objetivo de priorizar una agenda ideológica de algunos grupos grupos feministas– termina por proponer la política pública más precaria e ineficiente para mujeres con embarazos complejos, en tanto las abandona si ellas optan por la vida de su hijo y las abandona después de haber optado por el aborto.

Subrayó que la mujer embarazada –y más aún aquella que sufre por un embarazo complejo- por cierto debe estar en el centro de la preocupación. Destacó que no cabe duda alguna que aquello puede implicar la necesidad de revisar la intensidad de la amenaza penal y la búsqueda de mejores políticas de prevención; sin embargo, añadió que no resulta coherente con una sociedad más humana el hecho de que la propuesta del sistema de indicaciones elegida por el Gobierno no solo sea ineficiente, sino que adicionalmente represente una política pública inhumana y basada en la exclusión.

A continuación, hizo uso de la palabra **el profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valparaíso, señor Agustín Squella.**

El señor Squella agradeció la invitación de la Comisión y anunció que hablaría desde su convicción personal y no en representación de algún colectivo.

Hizo presente que el proyecto de ley en estudio presenta aspectos médicos, jurídicos, morales y de género, en ninguno de los cuales se reconoce como experto. Sin embargo, manifestó que ha cultivado una disciplina algo extravagante que se denomina Filosofía del Derecho, uno de cuyos temas concierne a la distinción, a la vez que a la diferencia, entre derecho y moral.

Agregó que el jurista alemán Von Ihering denominó a las diferencias entre derecho y moral como “el Cabo de Hornos de la filosofía jurídica”, con lo cual quiso decir que estamos ante un asunto en el que la navegación resulta muy difícil, muy riesgosa y en que es preciso avanzar con el mismo cuidado y precauciones con el que lo hacen las embarcaciones que cruzan esa complicada zona marítima.

Expuso que, a continuación, compartiría algunas apreciaciones desde la perspectiva de la filosofía del derecho. Sostuvo que vivir en sociedad es hacerlo en un contexto de relaciones recíprocas pero también constantes de intercambio, de colaboración, de solidaridad, de desacuerdo y también, desde luego, de conflicto. Los desacuerdos, dijo, son propios de la vida en común y lo son todavía mucho más en el caso de una sociedad abierta como la nuestra.

Añadió que tratándose de acuerdos, no estamos en presencia de anomalías, añadiendo que ni siquiera los conflictos son absurdos. Precisó que los desacuerdos son inseparables de la vida en sociedad y que no constituyen patologías o enfermedades de ésta, sino que son una expresión de libertad de los individuos, esa libertad que la democracia como forma de gobierno respeta, pero también garantiza y promueve.

Puso de relieve que la democracia es una forma de gobierno, es decir, una forma de decidir, no de postergar, que permite que todas las opiniones concurran al espacio público, que se expresen en éste, que entren en diálogo unas con otras, que se contrasten entre sí, que quienes sean portadores de esas opiniones den razones a quienes no las compartan y que escuchen, a su vez, las que puedan darles ellos, de manera que a través de ese ejercicio se abra la posibilidad a acuerdos y a transacciones entre puntos de vista diferentes. Destacó que la democracia sabe que los acuerdos se tornan difíciles e incluso imposibles, ante lo cual tampoco hay que avergonzarse, puesto que ante un hecho como ese la democracia, por fortuna, no se paraliza, no interrumpe el diálogo para reanudarlo interminablemente hasta que haya acuerdo, sino que echa mano

a la regla de la mayoría. Agregó que olvidamos a veces que ésa, no otra, es la regla de oro de la mencionada forma de gobierno, de manera que si a alguien no le gusta esa regla, lo que no le agrada es la democracia.

Manifestó que los Parlamentarios asumieron como tales en aplicación de dicha regla y resuelven sus discrepancias en uso de ella. Subrayó que los enemigos de ésta señalan que estamos en presencia de una regla puramente cuantitativa, pero, añadió, ya sabemos que es mejor contar cabezas que cortarlas.

Expresó que el proyecto de ley en estudio, aun cuando autorice la interrupción del embarazo únicamente en tres causales tan acotadas como excepcionales y extremadamente dramáticas, produce desacuerdos con una intensidad mucho mayor que la habitual, porque es una iniciativa que tiene que ver con creencias morales fuertes de los ciudadanos y de los legisladores.

Apuntó que nuestros desacuerdos pueden versar sobre creencias, ideas, meras preferencias e intereses y, según recaigan sobre unas u otras, éstos se procesan de maneras distintas. Indicó que no es del caso explicar en qué consisten los desacuerdos en ideas, preferencias e intereses, ni en cómo se procesa cada uno de ellos, ni en lo que en cada una de esas tres distintas situaciones es posible esperar del procesamiento que se les otorgue.

Declaró que en el caso del presente proyecto, el desacuerdo no se da sobre ideas ni preferencias ni intereses, sino que se produce a propósito de creencias, esto es, de convicciones en las que se está de una manera firme, enraizado quizás en forma irreductible. Añadió que el procesamiento de los desacuerdos cuando recaen sobre creencias se da por medio del encuentro y el diálogo entre todas las opiniones, aunque lo más que puede esperarse de eso es que las opiniones y discrepancias se comprendan recíprocamente, se toleren y se renuncie a imponer una u otra en uso de la fuerza.

Remarcó que no es poco, sin duda, que un desacuerdo sobre creencias solo pueda conducir a la comprensión, a la tolerancia recíproca y a la renuncia de la fuerza. Señaló que un Parlamento tiene que decidir, de modo que, una vez agotado el debate, no queda más alternativa que votar, sin perjuicio de que más allá de lo que se vote y apruebe finalmente, la discusión al interior de la sociedad pueda y deba continuar.

Constató que las leyes que se dictan no resuelven sobre la verdad de un asunto. Afirmó que los Parlamentos resuelven únicamente acerca de lo que será o no conforme a derecho; por tanto, las

leyes no ponen término a la lucha de las opiniones, la que puede continuar sin problemas, sea que se vote o no.

Consignó que el actual Congreso Nacional despachó la ley que consagró el divorcio y la que dio origen a la unión civil y ambas rigen hoy como derecho, sin perjuicio de que opositores a esas dos instituciones, como los hubo y los seguirá habiendo, continúen profesando sus ideas al respecto. Aseveró que lo mismo sucederá si se aprueba el proyecto de ley en discusión. Manifestó que tan excepcionales y dramáticas son las tres hipótesis que contempla esta iniciativa que lo más adecuado es dejar la decisión en manos de la persona que las sufre. Estando esa persona debidamente informada y asistida, en cada una de estas hipótesis debería ser la que tiene el derecho a decidir en conciencia.

Hizo presente que, igualmente, los legisladores ejercerán el derecho a decidir en conciencia y que así también lo harán los médicos que objeten la práctica de abortos. Declaró que está muy bien respetar la conciencia individual de los legisladores y de los médicos. Por ello, se preguntó por qué no se ha de hacer lo mismo con la conciencia moral de la mujer que se encuentra en alguna de las situaciones descritas en el proyecto.

Enfatizó que la conciencia es individual, añadiendo que no hay nada más individual que ella y que no puede ser suplantada ni por los partidos políticos, ni por las iglesias, ni por los rectores de universidades que administran clínicas u hospitales, ni por los directivos de dichos establecimientos de la salud. Estimó que lo mismo vale para la mujer embarazada en cualquiera de los tres casos de este proyecto.

Adujo que en este debate no debe perderse de vista que no hay más que dos morales, la personal y la social. Agregó que desde el punto de vista de esta última, el proyecto de ley que despenaliza la interrupción del embarazo tiene una amplia aprobación, según las encuestas. Apuntó que en asuntos morales se puede discutir, razonar e intentar persuadir, pero lo que no se puede hacer es creer que se tiene derecho a que los demás estén obligados a asumir nuestras convicciones morales. Citó al filósofo español Fernando Savater, quien señala que “fanático es aquel que cree que sus creencias morales, antes que derechos, constituyen obligaciones, y no solo para sí, sino para los demás”.

Se preguntó por qué utilizar el derecho para dirimir un dilema moral que cada mujer tendría que resolver por sí misma. Sostuvo que siendo todas las diferencias respetables, por qué habría que utilizar el brazo armado del derecho para imponer una de tales concepciones morales y castigar con la fuerza de la ley a la mujer que, puesta en el dilema moral respectivo, tendría que adoptar por sí misma la decisión final.

Añadió que si hay libertad como límite a la acción de los demás y también como autodeterminación política de los ciudadanos cuando eligen representantes, existe también la libertad entendida como autodeterminación moral. Puso de manifiesto que somos sujetos morales y no objetos y que cada persona es un fin, no un medio y que no puede ser tratada como tal. Expuso que cada cual tiene que ser su propia brújula en asuntos morales, en diálogo con los demás e informándose respecto de dicho tipo de asuntos especialmente complejos; pero, añadió, la decisión final tiene que ser inevitablemente individual.

Recalcó que tampoco hay que incurrir en la fantasía de que la naturaleza ha resuelto asuntos como éste. Esa ilusión, agregó, de que la naturaleza ha solucionado problemas éticos de manera que no queda más que prestarle oídos, es utilizada, a veces, por aquellos que quieren dar mayor fuerza a sus argumentos.

Recordó que algunos opositores al proyecto de ley que consagró el divorcio en Chile apelaban al derecho natural para oponerse a dicha iniciativa, sosteniendo que la indisolubilidad del vínculo matrimonial era una exigencia del mencionado derecho. Este derecho, a lo largo de la historia, ha servido para justificar instituciones tan dispares como la monarquía y la democracia, la propiedad privada y la colectiva. Consultó, entonces, quién es el lector infalible, papal, del libro de la naturaleza, donde cada cual lee su propia ideología.

Recordó que también se ha dicho que el matrimonio, por su naturaleza, debe ser entre un hombre y una mujer, como si la naturaleza hubiera creado el matrimonio. Acotó que dicha institución se adoptó por convención, esto es, por un acuerdo, por una decisión humana.

Afirmó que la vida humana comienza con la concepción, preguntándose desde qué momento la criatura en formación debe ser considerada persona. Esto último, dijo, no lo resuelven ni los médicos ni los biólogos ni los abogados, sino que se determina por acuerdo, en el que deben participar todos ellos pero sin que ninguno tenga el derecho a dar la última palabra.

Dijo tener la impresión de que no pocos opositores a la presente iniciativa están de acuerdo en su fuero interno con ésta, pero no lo admiten y menos lo declaran públicamente y ello solo por temor a lo que se denomina “la pendiente resbaladiza”. Recalcó que los que se oponen piensan que hoy será el aborto ante tres causales y mañana, el aborto libre. Consignó que ellos están paralizados por el miedo al futuro y no por esta iniciativa. Dicha actitud, añadió, se asemeja al padre que prohíbe la cerveza a su hijo adolescente, porque de ahí pasará al vino y luego al pisco, de este último a la marihuana y, posteriormente, a la cocaína y así sucesivamente.

Estimó que la mencionada pendiente revela un pesimismo y una falta de confianza absoluta en el ser humano y en la capacidad de cada individuo para deliberar.

Para finalizar, citó la película “El farsante”, cinta basada en una obra teatral norteamericana denominada “*Rainmaker*”. Relata la historia de un embustero que visitaba a granjeros del sur de los Estados Unidos de Norteamérica en épocas de sequía a comienzos del siglo veinte y les prometía hacer llover sobre sus tierras resecas. Siguió su relato señalando que el ya mencionado personaje llega a la casa de un granjero que vive con sus dos hijos. La hija de ese personaje padecía de evidentes e inequívocos signos de neurosis por no haber dado curso todavía a la sexualidad. El protagonista lleva a la mujer al granero y hace lo que era previsible; acto seguido, el hermano toma la escopeta y ante el forastero atrevido, que ha traicionado la hospitalidad que se le brindó, apunta a la cabeza de éste y, en ese momento, aparece el dueño de casa y, dirigiéndose al hijo, le dice: “hijo, estás tan preocupado del bien que te olvidas de lo que es bueno”.

Concluyó expresando que a veces estamos demasiado preocupados del bien y de los principios e impedimos que sean las personas las que, según las circunstancias, en uso de su autonomía y responsabilidad, entrando en diálogo con los demás e informándose cuando sea del caso, determinen no lo que es el bien, sino lo que en ese momento, en ese caso, para esa persona, es bueno.

Enseguida, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra a **la profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Adolfo Ibáñez, señora Verónica Undurraga.**

La señora Undurraga agradeció la invitación cursada por la Comisión y, como primera consideración, hizo presente que la Constitución Política, en su artículo 19, Nº 1, inciso segundo, ordena al legislador proteger la vida del que está por nacer. Añadió que la protección de la vida prenatal, por ser la Carta Fundamental un documento jurídico además de una carta política, debe ser efectiva y no meramente simbólica, añadiendo que para cumplir con este deber, el legislador goza de lo que denominó libertad de configuración legislativa.

Precisó que lo anterior significa que el legislador tiene libertad para escoger los medios que estime más convenientes para cumplir efectivamente con el mandato de proteger la vida prenatal, connotando que es muy importante tener claro que ni nuestra Carta Fundamental ni los tratados internacionales lo obligan a penalizar la interrupción voluntaria del embarazo en toda circunstancia. Destacó que

estos últimos no obligan, por ejemplo, a penalizar la interrupción del embarazo si la vida de la mujer embarazada está en peligro o si hay inviabilidad fetal, ni tampoco si el embarazo ha sido resultado de una violación.

Aseveró que prestigiosos tribunales constitucionales del mundo, como el alemán, el portugués, el colombiano y la Suprema Corte de Justicia de México, aplicando constituciones que, al igual que la nuestra, también ordenan la protección de la vida prenatal, han reconocido este principio de libertad de configuración legislativa. En consecuencia, han afirmado que lo verdaderamente relevante no es asegurar la penalización del aborto, sino garantizar la protección suficiente de la vida prenatal a través de herramientas que sean eficaces, de manera que el legislador no vulnere la llamada prohibición de déficit de protección. Algunos de estos mismos tribunales constitucionales y otros, agregó, han advertido, sin embargo, que la libertad de configuración tiene un límite. En efecto, el legislador, en su celo por proteger la vida prenatal, no puede vulnerar la prohibición de exceso, esto es, no pueden sus medidas de protección constituir afectaciones inconstitucionales a los derechos de la mujer embarazada.

Manifestó que la Constitución ha entregado al Poder Legislativo la potestad de decidir cuáles son las formas más efectivas de prevención del aborto. Opinó que esta fue una decisión sensata, porque los procedimientos legislativos permiten conocer y tomar en cuenta las valoraciones sociales que van a influir en el éxito o fracaso de las medidas y la evidencia empírica y de salud pública disponibles, tanto a nivel nacional como en la experiencia comparada. Expresó que los Parlamentarios están en una situación especialmente privilegiada para analizar esta evidencia, porque cuentan con información confiable que demuestra que existen países, como Alemania, que han tomado el compromiso explícito de cumplir con el mandato constitucional de proteger la vida prenatal y que han logrado tener las tasas de abortos más bajas del mundo priorizando la prevención y el apoyo social y, para hacer este régimen preventivo efectivo, evitando amenazar a las mujeres y a los médicos que las atienden con penas de prisión.

Indicó que después de haber estudiado extensamente este tema, está en condiciones de afirmar que en el derecho constitucional comparado de los países occidentales que han logrado las menores tasas de aborto a nivel mundial, y también en el mundo del derecho internacional de los derechos humanos y en las organizaciones globales dedicadas a la salud pública, como la Organización Mundial de la Salud, existe la convicción de que no se puede confiar en un supuesto efecto disuasivo de la penalización absoluta de la interrupción del embarazo porque la disuasión, respecto del aborto, no funciona. Sostuvo que a pesar de los riesgos, las mujeres cuando deciden abortar voluntariamente lo hacen, a

veces solas, pero la gran mayoría de las veces acompañadas de sus madres, sus parejas o sus amigas. Aclaró que los últimos estudios publicados en la prestigiosa revista médica The Lancet, concluyen que la legalidad o ilegalidad del aborto no es una variable que influya en la incidencia del aborto inducido que tenga un país. Basta con constatar, añadió, que dentro de los países con regímenes liberales de aborto se encuentran los que tienen las tasas más bajas del mundo.

Destacó que lo que sí funciona, como bien entendió el Tribunal Constitucional alemán y muchos otros después que él, son las medidas que se diseñan entendiendo y ofreciendo soluciones, en la medida de lo posible, a los conflictos que viven las mujeres embarazadas en estas situaciones extremas. Consignó que el señalado Tribunal Constitucional alemán afirmó, en una frase que ha sido extensamente citada en la literatura constitucional comparada, que las posibilidades del Estado de proteger al no nacido son mayores si trabaja “en conjunto con la madre” en lugar de hacerlo contra ella y ordenó, el año 1975, considerar lícitas y despenalizar la interrupción legal del embarazo en los casos que el legislador considerara tan extremos, que se hiciera inexigible jurídicamente a la mujer la mantención del embarazo. Agregó que las indicaciones del proyecto de ley en estudio son más restringidas aún que aquellas indicaciones que el legislador alemán contempló en la ley en cumplimiento de la sentencia del año 1975.

Sostuvo, a continuación, que el uso de la amenaza penal como principal medio para proteger la vida prenatal es una medida efectista y simple, pero que, sin embargo, no es efectiva y no cumple con el mandato de protección de dicha vida. Subrayó que los Estados deben enfocarse en un conjunto de medidas preventivas, sociales, de salud pública, laborales, de corresponsabilidad parental y otras, que apoyen a las mujeres en sus objetivos de prevenir embarazos, que eviten la violencia sexual que sufren las niñas y mujeres y que ayuden a llevar adelante la crianza. Quien tenga un verdadero compromiso por la protección de la vida prenatal, connotó, debe atender a las evidencias y no defender la criminalización de las mujeres como una medida de protección a la vida prenatal porque no lo es. No se cumple con el mandato de protección amenazando a las mujeres ni a sus médicos con la cárcel.

Hizo presente que además del principio de libertad de configuración legislativa, el legislador debe tener en cuenta el requisito de ultima *ratio* del derecho penal, que implica que debe demostrarse la inefectividad de otras medidas antes de poder acudirse al derecho penal, por ser la amenaza penal la medida más extrema e intrusiva para los derechos y libertades de la mujer embarazada. Agregó que la aplicación del requisito de ultima ratio ha sido repetidamente sostenida por parte de los tribunales constitucionales que se han pronunciado sobre la constitucionalidad de leyes que regulan la interrupción del embarazo, desde que el Tribunal

Constitucional alemán lo usó por primera vez en este contexto el año 1975. Reseñó que el año 2010, el Tribunal Constitucional portugués aclaró que este principio implica que quienes proponen penalizar el aborto consentido basándose en el argumento de que la penalización protege la vida prenatal, tienen la carga de probar que otras medidas alternativas diferentes de la pena criminal no son efectivas para lograr su objetivo. Y, añadió, lo que es muy importante, es que cuando se habla de efectividad en estas materias, el juicio que debe hacerse es comparativo y no absoluto. Remarcó que ningún país ha logrado erradicar completamente el aborto voluntario, pero sí hay países que han sido más exitosos que otros. Lo que tendría que poder mostrar un partidario de la criminalización, indicó, es, por lo menos, que la amenaza penal es más efectiva que las medidas de protección de la vida prenatal que son menos intrusivas en los derechos de la mujer embarazada. Criminalizar a la mujer teniendo al frente la evidencia de que es una medida contraproducente para lograr el objetivo de protección que se proclama perseguir, es una medida que destina a las mujeres a abortar en la clandestinidad, poniendo en peligro su salud y en ocasiones, su vida.

Apuntó que el razonamiento constitucional comparado ha avanzado mucho en países en que existe un régimen constitucional que no difiere del nuestro en materia de protección de la vida prenatal. Explicó que la criminalización absoluta de la interrupción del embarazo, que se contemplaba en el pasado y que todavía se considera en Chile como una situación aceptable, en un régimen democrático constitucional es ahora una situación anómala, que requeriría, para sostenerse, de una justificación especialmente poderosa.

Señaló conocer bien los argumentos que desde un sector de la doctrina constitucional y desde la academia que enseña derecho natural se dan para oponerse a esta iniciativa. Concordó con ellos en que la vida humana prenatal es valiosa y en que hay que hacer los máximos esfuerzos por preservarla. Afirmó que la Constitución Política lo dice, agregando que como persona y como constitucionalista suscribe esa afirmación y puntualizó que sus discrepancias no se refieren al valor de la vida prenatal.

Expuso que a lo que ni la Constitución, ni el derecho internacional obligan es a proteger la vida prenatal mediante la criminalización de las mujeres y sus médicos cuando ellas deciden interrumpir un embarazo en circunstancias extremas, como son las tres causales de este proyecto. Más aún, en línea con lo que han fallado importantes tribunales constitucionales del mundo, una correcta lectura de los derechos que contienen las constituciones occidentales, incluyendo la nuestra, y una interpretación constitucional que considere tanto el valor de la vida prenatal como el carácter fundamental de los derechos de las mujeres, prohíbe criminalizar el aborto bajo las tres circunstancias de la iniciativa.

Destacó que la legislación actualmente vigente viola la Carta Fundamental porque el legislador está tomando una medida inconducente a la protección de la vida prenatal, como lo es la penalización absoluta del aborto, medida que además incumple la prohibición de exceso porque es violatoria de los derechos de las mujeres. Precisó que lo que corresponde, desde el punto de vista constitucional, es que la actual ley sea rectificada por el Parlamento.

Expresó que la penalización de un aborto que se practica sin el consentimiento de la mujer protege la vida prenatal y también protege los derechos de la mujer a su autonomía e intangibilidad corporal; sin embargo, la situación es radicalmente distinta cuando se penaliza la interrupción de un embarazo bajo las tres causales que contempla el proyecto y esta interrupción es decidida y consentida por la mujer embarazada. En ese caso, añadió, el legislador debe tener conciencia de que está buscando proteger la vida prenatal -suponiendo que la penalización realmente pudiera proteger la vida prenatal- a costa del sacrificio de los derechos de la mujer.

Infirmó que entre los derechos constitucionales de la mujer que resultan afectados por la penalización de la interrupción del embarazo en las tres causales contempladas por el proyecto, incluso si la penalización no se materializa en una condena, están el derecho al reconocimiento de su dignidad (artículo 1º), el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y síquica (artículo 19 Nº 1), el derecho a la privacidad, tanto en su dimensión de intimidad como de autonomía personal (artículo 19 Nº 4), el derecho a la libertad de conciencia y libertad religiosa (artículo 19 Nº 6), el derecho a la igualdad y a no ser discriminada (artículo 19 Nº 2), el derecho a la protección de la salud (artículo 19 Nº 9) y el derecho a no ser sometida a apremios ilegítimos (artículo 19 Nº 1) o, en los términos usados en el derecho internacional de los derechos humanos al que Chile suscribe, el derecho a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes.

A continuación, se refirió a la alternativa que han planteado algunos críticos de la iniciativa, en cuanto a que la mujer pueda acceder a que el tribunal declare a su favor una causal de exculpación, con lo cual, si interrumpe el embarazo en alguna de estas tres causales no tenga que cumplir con la pena asignada al delito.

Adujo que si se aplica una causal de justificación en lugar de una causal de exculpación, la interrupción del embarazo exclusivamente cuando se realiza bajo estas tres causales constituye un acto acorde a derecho. Recalcó que la exculpación, en cambio, implica seguir manteniendo que la interrupción del embarazo en esos casos es un acto ilícito, antijurídico, pero se permite no culpar a la mujer por esa decisión contraria a derecho asumiendo que el comprensible dolor que siente por la situación que está viviendo la hizo tomar una decisión equivocada.

Connotó que la diferencia entre justificación y exculpación tiene, además, importantes efectos prácticos.

Precisó que si el derecho considera que estas interrupciones bajo las tres indicaciones del proyecto están justificadas, es decir, se estiman conforme a derecho, a) el acto médico de interrumpir el embarazo se considera una prestación de salud lícita, b) el Estado puede realizar interrupciones legales del embarazo en sus servicios de salud, c) no está permitido a terceras personas intervenir en defensa del embrión o feto para evitar la interrupción, d) los seguros de salud pueden cubrir la interrupción del embarazo y e) el Estado puede financiar las interrupciones del embarazo como lo hace con otras prestaciones de salud.

En cambio, indicó que si la interrupción del embarazo se despenaliza respecto de la mujer solamente aplicando causales de exculpación, ella seguirá siendo un acto punible para aquellas personas no beneficiadas por la despenalización -específicamente el médico-, la interrupción no podrá ser realizada en los servicios de salud pública ni tener cobertura de salud pública o privada y terceros podrían interferir legítimamente para impedir que se realice.

Aseveró que las mujeres que interrumpen sus embarazos no son delincuentes, que casi ninguna tiene antecedentes penales y que, por regla general, no cometen después ni nuevos abortos ni otros delitos. Recalcó que son las señoras de las circunscripciones que votaron por los señores Parlamentarios presentes, o las hijas o nietas de esas señoras. Son las mismas mujeres que asumen solas, o casi solas, las tareas de cuidado de niños, ancianos y enfermos, sin la cuales nuestras familias no subsistirían. Destacó que las mujeres que crían y cuidan son las mismas mujeres que abortan, las cuales no son mejores ni peores personas que cualquiera, porque son las mujeres con que convivimos todos los días. No son “ellas”, añadió, porque “ellas”, en realidad, somos “nosotros”.

Hizo presente que lo anterior alude a un tema de primera importancia para el buen funcionamiento de una democracia constitucional. Señaló que quizás el más importante desafío del constitucionalismo moderno consiste en que quienes tienen algún poder para influir en la comprensión y aplicación de las normas constitucionales, sean capaces de superar la división inconsciente que hacemos de los ciudadanos entre “nosotros” y “ellos”. Afirmó que el gran reto es superar los sesgos históricos, elitistas, masculinizantes y otros tantos –de los cuales nadie es personalmente culpable-, pero sí todos somos profundamente responsables de erradicar. Esos sesgos históricos, manifestó, limitan nuestra capacidad de visibilizar, incorporar y entender como legítimamente propias del cuerpo social las experiencias y perspectivas morales de aquellos que

históricamente han sido marginados de la tarea de dar significado a los derechos constitucionales. Entre aquellos, precisó, están los de las mujeres.

Advirtió que por eso, para explicar por qué la interrupción voluntaria del embarazo debe estar justificada y no solo admitir causales de exculpación, hablaría en primera persona plural. Aunque nosotras, dijo, las mujeres que abortamos suframos con nuestra decisión, no hemos perdido las competencias básicas de ejercicio del derecho a la autonomía que la Constitución nos garantiza.

Añadió que las mujeres no han perdido la capacidad de pensamiento racional, de discernimiento moral, de identificar cuáles son sus sentimientos, sus necesidades y sus valores, ni han perdido la capacidad para decidir lo que es correcto para su salud y bienestar y el de sus familias. Afirmó que están mejor capacitadas que el Estado y que cualquier juez para tomar esa decisión. La decisión sobre los riesgos vitales que van a asumir en razón de un embarazo; la decisión de cómo sus familias van a hacer un mejor duelo por ese niño que buscan tener, pero que está destinado no sobrevivir el nacimiento; la decisión de qué necesitan para recuperarse y rehacerse cuando les han destrozado el cuerpo y el alma con la violencia de un abuso sexual. Bajo el estándar clásico del derecho aplicable, aseguró, no son incompetentes ni están, en la mayoría de los casos, actuando bajo coerción.

Continuó expresando que al decidir continuar o interrumpir sus embarazos bajo alguna de estas tres causales están tomando, con la mayor responsabilidad de que son capaces como seres humanos, su mejor decisión moral. Y esa decisión de conciencia está amparada por el artículo 19, Nº 6, de la Constitución.

Recalcó que así lo entendió, por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán el año 1975, cuando reconoció que en aquellas situaciones de conflicto tan extremas como el caso del aborto terapéutico y otros que se originan en embarazos que impliquen sacrificios inusuales a la mujer que “no permiten un juicio moral inequívoco y en las que la decisión a favor de un aborto puede adquirir el rango de una decisión de conciencia que merece consideración, el legislador está obligado a ejercer especial retracción” y debe reconocer una “zona libre de derecho, en que el Estado se abstiene de realizar un juicio de valor y deja este juicio a la decisión del individuo para que éste la tome de acuerdo a su propio sentido de la responsabilidad.”.

Consignó que no es que el resto del mundo haya perdido sus valores morales o el sentido de justicia al despenalizar la interrupción del embarazo bajo las tres causales que contempla el proyecto. Lo que pasó, precisó, fue que las instituciones democráticas de casi todos los otros países han incorporado en sus instancias de deliberación las

concepciones y prácticas morales de las mujeres y han corregido algunas de las cegueras del derecho. Destacó que escuchando a las mujeres han encontrado formas más efectivas de proteger la vida prenatal que amenazando a las embarazadas con cárcel.

Agregó que para cumplir con la Constitución no basta con expresar compasión. Con ello, sostuvo, no reconocemos en la víctima de violación o en la mujer que interrumpe un embarazo por razones terapéuticas o de inviabilidad, a una persona que tiene derecho a defender la corrección moral de su decisión de mantener o terminar su embarazo y a exigir que el derecho reconozca su licitud. Indicó que al legislador no se le pide ni necesita compartir la perspectiva de la mujer. Basta con que reconozca el derecho constitucional de ella a la libertad de conciencia para decidir sobre cómo rearmar su vida después del abuso o de la experiencia extrema de vivir un embarazo que pone en peligro su vida o en que el feto es inviable.

Enfatizó que la sola promesa de exculpación no cumple con estándares constitucionales. Constituye un trato cruel e inhumano buscar preservar un principio moral o perseguir la protección de la vida prenatal si eso se hace a costa de mandar a las mujeres y a las niñas a seguir abortando en la clandestinidad y prometiéndoles que, si las sorprenden –cuando lleguen desangrándose al hospital o cuando alguien las delate–, un juez caritativo las podrá, eventualmente -si logran probar más allá de toda duda razonable que su abusador las violó-, eximir de la pena. Estimó que ello es inhumano e inconstitucional por vulnerar el principio de la dignidad humana y los derechos fundamentales de la mujer.

Manifestó que según el artículo 1° de la Constitución vigente, las mujeres y las niñas son consideradas libres e iguales en dignidad y derechos, el Estado está a su servicio y debe contribuir a crear las condiciones para su mayor realización espiritual y material posible. La Constitución, abundó, protege su vida, su integridad física y síquica, su privacidad, su salud y su libertad de conciencia, entre otros derechos, coligiendo que la penalización de la interrupción del embarazo bajo las tres causales del proyecto, aun incorporando una causal de exención de la pena para la mujer, viola estos derechos e infringe la obligación del Estado de respetar la dignidad de aquella.

Declaró que la pregunta jurídica relevante, la que han enfrentado los principales parlamentos y tribunales constitucionales del mundo y que ahora está frente a la Comisión, es cuál es el límite constitucional, hasta qué punto se puede exigir, de acuerdo a la Constitución, a una persona que es libre, igual a nosotros y a quien reconocemos dignidad humana, que soporte, además de una situación de embarazo crítico, el sufrimiento, el miedo y la estigmatización asociada a un procedimiento penal que está en las manos del propio legislador evitar. Dónde está el límite en

que el celo del legislador por proteger la vida prenatal y que lo lleva a imponer a la mujer el deber de mantener un embarazo, se transforma en violación de derechos constitucionales.

Estimó que no nos equivocamos si decimos, junto con la mayoría de los parlamentos y tribunales constitucionales que se han hecho esta pregunta en el mundo y junto con todos los comités de supervisión de tratados internacionales -incluyendo el Comité de los Derechos del Niño- que han hecho recomendaciones a Chile de modificar su legislación sobre aborto en el sentido que esta iniciativa lo hace, que exigir a una mujer embarazada la continuidad de un embarazo cuando éste pone en peligro su vida, cuando el feto es inviable y cuando el embarazo ha sido producto de una violación, traspasa el límite constitucional.

Expresó que el derecho debe crear las condiciones para que todas las personas sientan que pueden presentarse ante los demás como individuos cuya dignidad se respeta. Es a esas condiciones las que Rawls, en su Teoría de la Justicia, llama *"the social basis of self-respect"*, las bases sociales del respeto hacia uno mismo. Hizo notar que ese reconocimiento social es, en la teoría de Rawls y también en la de otros autores, un bien primario del que todas las personas deben poder gozar para ser genuinamente parte de la sociedad política, para ser reconocidas como verdaderos ciudadanos/as, en el sentido más esencial y político del término. Sostuvo que el derecho contribuye a crear esas condiciones de reconocimiento cuando, por ejemplo, mediante las reglas de consentimiento médico informado, se nos respeta nuestra voluntad respecto de intervenciones médicas protegiéndose nuestra indemnidad corporal. Sin embargo, añadió, en materia de interrupción del embarazo se hace exactamente lo contrario. La penalización absoluta del aborto consentido humilla a las mujeres, desconoce o minimiza el sufrimiento que experimentan frente embarazos críticos como los que regula el proyecto, impone violentamente interpretaciones de cómo la mujer tiene que sentirse y la estigmatiza como egoísta o en el mejor de los casos la infantiliza, duda de su palabra en el caso de la violación, utiliza su cuerpo y su dolor, todo esto para mandar un mensaje social "de respeto a la vida", que consideró contradictorio.

Afirmó, finalmente, que el proyecto que se está discutiendo, de aprobarse, constituiría un avance significativo en la manera en que el Estado chileno enfrenta su deber constitucional de respetar la vida prenatal, un avance que abre la posibilidad de pensar en formas realmente efectivas y no meramente efectistas de protección, que incorporen la perspectiva moral y la sabiduría adquirida por la experiencia de vida que tienen las mujeres; perspectiva y sabidurías que hasta ahora han sido desechadas como irrelevantes por el legislador, pero que como demuestra la experiencia constitucional comparada, son la clave que le permite encontrar

las formas de compatibilizar una protección efectiva de la vida prenatal y el pleno respeto a la dignidad de las mujeres y las niñas.

Finalizadas estas exposiciones, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** las agradeció y ofreció la palabra a los señores Senadores presentes.

El Honorable Senador señor Larraín destacó la calidad de las intervenciones escuchadas, expresando que concordaba con algunos de los invitados, en tanto que discrepaba total o parcialmente con las opiniones de otros. En todo caso, lamentó que no se dispusiera de tiempo suficiente para formular algunas consultas y planteamientos.

En relación con este último comentario, hubo consenso entre los miembros presentes de la Comisión en cuanto a la posibilidad de que una vez que se haya escuchado a todos los juristas que se ha decidido invitar, se planifique una audiencia final de manera de poder realizar un vasto intercambio de pareceres con los invitados.

Sesión del día 2 de noviembre de 2016

En esta sesión, **la Comisión** escuchó a la señora Alejandra Zúñiga y a los señores Alberto Naudon y Diego Schalper.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya, ofreció la palabra, en primer lugar, a **la profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Valparaíso, señora Alejandra Zúñiga Fajuri.**

La señora Zúñiga comenzó su intervención solicitando a los señores Senadores presentes imaginar la siguiente situación: “una mañana lo despiertan en la cama de un hospital, conectado de alguna manera a un hombre inconsciente que se encuentra en la cama contigua. Le dicen que ese hombre es un violinista famoso que tiene una enfermedad renal y que su única forma de sobrevivir es manteniendo su sistema circulatorio conectado al de otro individuo con el mismo grupo sanguíneo, siendo usted la única persona con la sangre adecuada. Por ello, una asociación de amantes de la música lo ha secuestrado y ha llevado a cabo la operación de conexión. Como se encuentra en un hospital de buena reputación, usted podría, si quisiera, solicitar a un médico que le desconectara del violinista, en cuyo caso él moriría irremediablemente. Por otra parte, si permanece conectado durante “solo” nueve meses, el violinista se recuperaría y podría luego usted ser desconectado sin poner en peligro su vida.”.

Este caso, dijo, nos permite considerar por qué, si nos viéramos inmersos en esa situación inesperada, no estaríamos moralmente obligados a permitir que el violinista utilizara nuestros riñones durante nueve meses. Ayudar al violinista sería, claro, un acto muy generoso de nuestra parte, pero decir esto es bastante distinto a decir que haríamos mal si actuáramos de otra manera y nos desconectáramos y, todavía más distinto, sostener que ese deber –que ya es supererogatorio o heroico- deberíamos imponerlo por medio del derecho penal. Luego, aun considerando que el violinista es un ser humano inocente con el mismo derecho a la vida que el de cualquiera, ello no significa que pueda utilizar el cuerpo de otra persona para sobrevivir.

Connotó que la idea es mostrar el paralelismo de este caso hipotético con algunos embarazos no deseados. En particular, con aquel de la niña o mujer que alcanzó dicho estado como resultado de una violación. Ella se encontraría a sí misma, de un momento a otro, “conectada” a un feto del que no es, de manera alguna, más responsable de lo que lo sería quien fue conectado al violinista.

Manifestó que el ejemplo nos permite identificar la regla de oro formulada por el gran filósofo cristiano Immanuel Kant a modo de imperativo moral, en cuanto a no usar nunca a las personas como medios o herramientas, sino que como fines en sí mismos.

En efecto, expresó que Kant defendió la importancia de los derechos humanos al explicar la diferencia que hay entre las cosas y las personas. Aseveró que las cosas tienen un valor relativo al que llamamos precio, pero las personas tienen un valor absoluto en sí mismas, al que llamamos dignidad. Por eso, nunca debemos tratar a las personas solo como un medio para conseguir nuestros objetivos. Kant creía que la dignidad de las personas obliga a tratar a los seres humanos como fines en sí mismos.

A continuación, se formuló las siguientes preguntas: ¿existe alguna situación bajo la cual la legislación obligue a una persona a sacrificarse con el fin de salvar la vida de otros? ¿se violan los derechos de alguien cuando, por ejemplo, uno niega donar sangre o alguno de sus órganos, incluso si es para salvar la vida del propio hijo? Sostuvo que sabemos que la respuesta, evidentemente, es no, pues toda donación es, por definición, voluntaria y la donación de órganos debe ser siempre libre, aun cuando de ello pueda depender la vida de una persona inocente.

Indicó que esta regla bioética se deduce del derecho a la integridad física y psíquica de la persona y del derecho a la inviolabilidad de su cuerpo, añadiendo que es por eso que no hay delito ni reproche moral.

Expuso que parece inevitable, luego, preguntarse por qué ese derecho a la libertad e inviolabilidad del propio cuerpo, que las legislaciones de todo el mundo occidental reconocen sin excepción a los seres humanos, se pone en cuestión solo cuando se trata de una niña o una mujer embarazada. ¿Por qué ella sí debe ceder su cuerpo a otro si no quiere terminar en prisión?

Añadió que la penalización del aborto en todas las circunstancias despoja a las niñas y mujeres de su derecho fundamental constitucional a la vida e integridad física y psíquica, en especial cuando, luego de una violación, se las reduce a la condición de una cosa o instrumento de procreación, sometida a fines que no son suyos, vulnerando el imperativo moral de Kant.

Declaró que es por ello que el Comité Contra la Tortura ha manifestado que la penalización total del aborto es incompatible con la Convención contra la Tortura y ha demandado a Chile a modificar el tratamiento penal del aborto terapéutico y de los abortos producidos por causa de violación o incesto. Consignó que el Comité ha señalado que obligar a una mujer a continuar con un embarazo que ha sido producto de una violación es una forma de tortura, como lo sería obligar a una persona a permanecer conectada al violinista o a donar parte de sus órganos para salvar a la vida de niños inocentes.

Enfatizó que es por esta razón y no porque se ponga en cuestión la importancia o valía de la vida del no nacido, que es exigida la despenalización del aborto.

Subrayó que es por este principio moral de Kant, que sustenta la idea de dignidad humana -somos dignos porque somos fines y no medios- que uno de los Objetivos de Desarrollo del Milenio relativo a la mejora de la salud materna que se ha propuesto alcanzar la Organización Mundial de la Salud, es precisamente la despenalización del aborto en los casos contemplados en el proyecto que se está discutiendo.

Consideró que a este llamado de la Organización Mundial de la Salud se suman la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Amnistía internacional, Human Rights Watch y muchos otros. Connotó que el consenso mundial en esta materia es abrumador y que es por ello que algunos se preguntan: “¿todas estas organizaciones de Derechos Humanos son promotoras de crímenes contra la humanidad? ¿Cómo es posible que se equivoquen de un modo tan grave respecto de una cuestión moral tan obvia? ¿Están animadas por propósitos perversos? ¿Son dirigidas por seres irracionales?”.

Afirmó que la respuesta es no. La razón no es, insistió, que se desprecie la vida del embrión o que se considere que no merece protección. La razón es simplemente el reconocimiento de la dignidad de las niñas y mujeres embarazadas. El reconocimiento de que son personas y que, al igual que no se puede obligar a una persona a ofrendar su salud para salvar a otro, no se debiera obligar a la mujer a sacrificar la propia para amparar la vida del embrión. Es una cuestión de coherencia moral.

Agregó, a continuación, que los abortos inseguros son la tercera causa de muerte materna y un peligro solo para las niñas y mujeres que no pueden financiar en el sistema sanitario privado una interrupción del embarazo sin riesgos, de manera clandestina. Aseveró que el aborto clandestino significa que estas niñas y mujeres violadas -de las que se tiene noticia prácticamente todos los días por los medios- corran peligro de esterilidad o muerte.

Consideró que es por ello que tantas organizaciones de protección de derechos humanos demandan una y otra vez despenalizar el aborto terapéutico y, especialmente, el aborto por violación.

Enfatizó que no solo hay, como se ha visto, fuertes razones morales para despenalizar el aborto en las tres causales establecidas en la iniciativa, sino que también existen importantes argumentos constitucionales para demandar dicha despenalización. Mencionó como tales los siguientes:

i) En primer lugar, resulta evidente a su entender, que para la Constitución solo son personas –y por ello titulares de derechos– los seres humanos nacidos, puesto que el artículo 19 N° 1 reservó un inciso, el primero, para referirse a las personas y otro distinto, el segundo, para referirse al *nasciturus*. Indicó que sostener lo contrario exige responder qué sentido habría tenido incorporar el inciso segundo del artículo 19 número 1 si ambos –primero y segundo- hacen lo mismo.

ii) En segundo lugar, esta comprensión, si se quiere, “gramatical” de la norma, coincide con su interpretación lógica y sistemática, puesto que el resto del ordenamiento jurídico nacional, tanto en el ámbito civil como penal, considera como estatutos diferenciados aquellos destinados a regular a las personas nacidas, por una parte, y al *nasciturus*, por otra. Baste recordar, agregó, las normas pertinentes del Código Civil a propósito del inicio de la existencia legal de las personas, que se produce con el nacimiento. O el Código Penal, que no solo instituye para el aborto una pena inferior a las distintas formas de homicidio, incluidos el infanticidio y el parricidio, sino que lo regula en una sección distinta a la de los “delitos contra las personas”. Así, la protección de la vida del *nasciturus* se

contempla bajo el título de “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”.

iii) En tercer lugar, sin perjuicio de que el mecanismo originalista de interpretación no le parece el más idóneo para dilucidar el contenido de la Constitución, es inevitable recordar que la incorporación del mencionado inciso segundo –según consta en las Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución- tuvo precisamente como objetivo dejar claro que la mayoría de los redactores de la Constitución no quiso prohibir el aborto en todos los casos, sino que, cosa distinta, permitirlo, por ejemplo, en el supuesto de violación o en el caso de aborto terapéutico.

iv) Finalmente, en cuarto lugar, es importante considerar la obligación del Estado de Chile de cumplir con las normas de protección de derechos humanos del sistema internacional, en particular, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Añadió que, como se sabe, la norma del artículo 4, párrafo 1, es diferente de todos los otros textos internacionales en que se establece el derecho a la vida, pues es la única que contiene la protección de la vida “en general desde el momento de la concepción”.

Manifestó que para la interpretación de esta regla es fundamental revisar los trabajos preparatorios de la Convención, porque el texto es ambiguo. Informó que dichos trabajos preparatorios están contenidos en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en la cual el relator de la Comisión sugirió eliminar la frase “y en general desde el momento de la concepción”, señalando que en la mayoría de los Estados americanos las leyes permitían el aborto. Indicó que, efectivamente, muchos de los Estados que participaron en la Conferencia –entre ellos Chile- tenían normas que permitían el aborto por una u otra causal, siendo las más corrientes la vida y salud de la madre y el estupro o violación.

Sostuvo que no es posible invocar como argumento en contra de la aprobación de este proyecto las normas de la Convención Americana, pues ellas, sin duda alguna, son compatibles con la regulación de las legislaciones internas de los Estados sobre algunos casos de aborto legal. Hizo presente que para corroborar aquello, en una reciente sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos ratificó la necesidad de que los Estados adecuen su legislación interna en esta materia, disponiendo, en el caso Artavia Murillo, que:

“a) El articulado de la Convención Americana sobre derechos humanos no hace procedente otorgar el estatus de persona al embrión (§ 223).

b) El objeto directo de protección del art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos es fundamentalmente la mujer embarazada (§ 223).

c) El objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención Americana 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" (§ 258).

d) A la luz del Pacto de San José de Costa Rica, la vida desde la concepción y antes del nacimiento es un derecho 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 (§ 264 y § 223).

e) En base al principio de interpretación más favorable de los derechos y libertades reconocido en la Convención Americana, se declara inadmisible la protección absoluta del derecho a la vida, en especial, aquella que comporte "la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o los limite en mayor medida que la prevista en ella" (§ 259).".

Concluyó su intervención señalando que la pregunta pertinente en este debate no es si se está o no de acuerdo con el aborto, porque, sea legal o no, las mujeres se practican abortos, tal como lo demuestran las estadísticas. Se trata, precisó, de reconocer a las niñas y mujeres que se encuentran ante las causales establecidas en el proyecto, la misma dignidad que el derecho reconoce sin excepción a todas las demás personas.

Luego, hizo uso de la palabra **el señor Alberto Naudon, profesor de Derecho Político y Constitucional de la Universidad Finis Terrae.**

El señor Naudon agradeció la invitación cursada por la Comisión e inició su exposición informando que centraría su análisis en los vicios de constitucionalidad que advierte en el proyecto de ley en discusión.

Como primera consideración, manifestó que las disposiciones de la Constitución Política deben ser comprendidas e interpretadas observando ciertos principios que son comúnmente aceptados y que son los siguientes:

1° Unidad: la Constitución Política se entiende como un todo, por lo que no se considerarán sus disposiciones como normas aisladas.

2° Coherencia: no pueden tener cabida las interpretaciones que lleven a establecer contradicciones entre las normas constitucionales, es decir, debe siempre privilegiarse una concordancia entre las mismas, más aún entre aquellas que protegen bienes jurídicos.

3° Eficacia: toda interpretación debe estar orientada a que se optimice la eficiencia en la protección de los bienes constitucionalmente protegidos.

4°.- *Pro homine*: implica que siempre deberán privilegiarse los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, entre ellos y primeramente, el derecho a la vida, en cuanto constituye la manifestación primera de la propia naturaleza humana.

5° Respeto por los valores esenciales que informan la Constitución Política: toda interpretación debe ser coherente con lo dispuesto en el Capítulo I, “Bases de la Institucionalidad”, y en el Capítulo III, “De los Derechos y Deberes Constitucionales”.

Consignó que toda interpretación debe considerar los valores, los principios y el espíritu que dichos preceptos establecen. Lo anterior con el objetivo de asegurar el principio de supremacía constitucional y, por esa vía, asegurar el estado constitucional de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales.

Hizo presente que la actual Carta Fundamental está impregnada de una visión humanista, en virtud de la cual el ser humano es sujeto de derecho y no objeto del derecho. Por ello, sostuvo que la Constitución Política entiende que los derechos esenciales del hombre emanan de su propia naturaleza humana y no de una concesión del Estado. Agregó que expresión de ello es el encabezamiento del artículo 19, que utiliza el término “asegura” y no otros como podría ser “otorga”, “entrega” o “establece”.

Precisó que el verbo rector que determina la acción fundamental objeto del proyecto es “interrumpir”, el cual, según lo establece la Academia Española de la Lengua, es: “Cortar la continuidad de algo en el lugar o en el tiempo.”. Añadió que lo que la iniciativa en análisis autoriza es “interrumpir” el embarazo ante tres circunstancias diferentes, por lo cual claramente lo que se está autorizando es “cortar la continuidad” del embarazo, que, según la misma fuente, es el “Estado en que se halla la mujer gestante.”.

Advirtió que nadie puede negar que lo que se autoriza efectuar por este proyecto es cortar el proceso en que se halla la mujer gestante, es decir, aquella que tiene el feto o la criatura en el vientre.

Añadió que el asunto está en que cortar ese proceso, lleva implícito -con razón de causa efecto- el término de la existencia de ese ser de naturaleza humana que se encuentra en el vientre materno.

Destacó que el aborto consiste en producir la muerte del embrión o feto, por lo que denominar este proyecto como "interrupción del embarazo" constituye una forma de distraer verbalmente su real objetivo, cual es la eliminación voluntaria y deseada de un ser humano vivo, cuestión que repugna a nuestro ordenamiento constitucional.

Hizo presente que el artículo 5°, inciso segundo, de nuestra Carta Fundamental, establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Agregó que ello corresponde al punto de partida para analizar la constitucionalidad de este proyecto, pues el ser que se encuentra en el vientre materno tiene naturaleza humana, es decir, tiene un conjunto de cualidades y caracteres propios del ser humano, añadiendo que la información genética en él contenida lo hace único e irrepetible.

Sostuvo que el Tribunal Constitucional ha establecido que: "El derecho a la identidad personal se incluye entre aquellos derechos esenciales a la naturaleza humana a que alude el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, y que se erigen como límite de la soberanía, debiendo los órganos del Estado respetarlos y promoverlos (Rol N° 1.340, considerando N° 10). Ha agregado el mismo tribunal: "En efecto, 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 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" (ambas citas Rol N° 740-07, considerando 50).

Añadió que el mismo Tribunal ha expresado: "Que, de esta forma, queda claro que, para el constituyente –y a diferencia de lo que puede desprenderse del examen de normas legales determinadas-, el embrión o el *nasciturus* es persona desde el momento de la concepción" (Rol N° 740-2007, considerando N° 54).

Advirtió que lo anterior está reafirmado por el Senado en la historia fidedigna del proyecto de reforma constitucional que sustituyó, en el artículo 1° de la Constitución Política, la expresión “hombres” por “personas” (ley N° 19.611). Agregó que en la discusión de dicho proyecto se señaló que: “El *nasciturus*, desde la concepción, es persona en el sentido constitucional del término, y por ende es titular del derecho a la vida.”.

Indicó que lo anterior fue recogido por el Tribunal Constitucional en el Rol N° 740-2007, considerando N° 52.

Sostuvo que por mandato constitucional, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de ese ser que está en el vientre materno constituyen un límite al ejercicio de la soberanía, agregando que “límite” es fijar la extensión que puede tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien.

Recalcó que el primer derecho esencial de quien detenta naturaleza humana es su derecho a existir, indicando que no se puede estar si el proceso se interrumpe o, lo que es lo mismo, si se corta su continuidad.

Por otra parte, manifestó que respetar algo es sinónimo de acatar; por lo mismo, esos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana del ser que está por nacer deben ser obedecidos. Agregó que, en consecuencia, cortar la continuidad de un embarazo constituye una normativa claramente violatoria de una de las Bases de la Institucionalidad y, por lo mismo, es abiertamente inconstitucional.

Ahora bien, precisó que si se sostiene que lo que existe en el vientre materno no tiene naturaleza humana, queda muy poco espacio para analizar.

Expuso, enseguida, que el número 1° del artículo 19 de la Constitución Política dispone que “La ley protege la vida del que está por nacer”. Agregó que el exministro del Tribunal Constitucional, señor Mario Fernández, en el punto 6 de su voto concurrente a la sentencia del Rol N° 740-2007, señaló: “La disposición del inciso 2° del artículo 19 se encuentra dentro de la esfera del derecho a la vida.”. Hizo notar que el verbo rector de dicho inciso es proteger, en tanto que el sujeto activo de dicha obligación es la ley y el sujeto pasivo es el que está por nacer.

Reafirmó la idea de que la Constitución asegura la vida del que está por nacer, destacando que nuestra Carta Fundamental confía este mandato directamente a la ley, de manera que una norma legal que no disponga en tal sentido, contraría la Constitución Política y violenta el principio de supremacía constitucional.

A mayor abundamiento, afirmó que no puede ignorarse que el mandato que el inciso segundo del número 1° del artículo 19 de la Constitución Política entrega a la ley en el sentido de proteger la vida del que está por nacer, ya se encuentra concretado en numerosas disposiciones legales del Código Civil (artículos 75, 181 y 243) y del Código Orgánico de Tribunales (artículo 369), entre otros, según ha quedado establecido por el Tribunal Constitucional en el Rol N° 720-2007, considerando 58.

Hizo presente que en el proyecto en análisis se considera el derecho que tendría la mujer para resolver libremente y hacer o no hacer lo que le parezca en relación con su embarazo. Sin embargo, dijo, en el caso en análisis éste se contrapone con el derecho a la vida del que está por nacer.

Añadió que el derecho a la vida, según nuestra Constitución Política, tiene un valor superior al de la libertad, ya que sin vida no cuenta la libertad. Por eso, destacó, la vida es inherente a la dignidad humana.

Desde otro punto de vista, estimó que negar la calidad de persona al no nacido supone discriminar entre los seres humanos, imponiendo a unos una condición inferior respecto de otros o llevando a ese ser que está en el vientre materno a la condición de simple animal o cosa.

Subrayó que cualquier disposición legal que imponga una superioridad del derecho a la libertad de la madre por sobre el derecho a la vida del que está por nacer contradice la Constitución Política, reiterando que la autonomía del legislador no puede traspasar el marco que fijan las Bases de la Institucionalidad y los derechos asegurados a todas las personas.

Refiriéndose al contenido del proyecto, consignó que no se puede negar que dos de los casos de interrupción del embarazo en él contemplados tienen como principal objetivo eliminar la vida del ser humano que está en gestación. Es el caso del embrión o feto que padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina y del embarazo producto de una violación.

A la vez, puso de relieve que la iniciativa no contempla ninguna referencia a la necesidad de escuchar o tener a la vista la opinión del padre de la criatura cuya vida se va interrumpir por voluntad unilateral de la madre. Subrayó que lo anterior es evidentemente grave tratándose de las dos primeras causales, que son el riesgo vital y el caso del embrión o feto que padece una alteración estructural congénita, situaciones en que el padre es una persona perfectamente determinada.

Sobre el particular, hizo presente que el inciso quinto del artículo 1° de la Constitución Política impone como deber del Estado dar protección a la familia y propender al fortalecimiento de ésta. Ahora bien, se preguntó ¿cómo se compagina este deber impuesto al Estado en orden a proteger la familia y fortalecerla, con la marginación absoluta del padre en la toma de decisión en un asunto de tanta trascendencia como lo es interrumpir la vida de un ser humano sin que su padre nada pueda decir?

Opinó que con el silencio impuesto al padre se violenta, además, el inciso segundo del artículo 1° de la Constitución Política, que dispone que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Expuso que con este proyecto se bombardea inexplicablemente ese núcleo, produciendo una división insuperable en el mismo, lo que contradice el espíritu de la Carta Fundamental, que siempre privilegia la acción conjunta de padre y madre en lo relativo a los hijos. Es el caso del numeral 10 del artículo 19, en virtud del cual “Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos”, y del numeral 11 de la misma norma, que dispone que “Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos.”.

Destacó que al ignorar al padre, se produce otro negativo efecto inconstitucional adicional, pues se genera una diferencia arbitraria entre el padre y la madre respecto del hijo común que está por nacer, ya que estando en juego la vida de éste, al padre se le margina absolutamente de cualquier decisión sobre su eliminación como ser humano. Mientras, a la madre se le entregan todos los derechos, incluyendo el poder de decidir unilateralmente aquello que por naturaleza es común.

Sostuvo que lo anterior infringe el inciso segundo del número 2° del artículo 19 del Texto Fundamental, que dispone ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias.

A continuación, hizo presente que con fecha 25 de agosto de 2008, se promulgó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. Expresó que el mencionado cuerpo normativo dispone en su artículo 10 que “Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho.”.

Connotó que “inherente” es aquello que por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar de ello, por lo tanto, declaró, el derecho a la vida de todo ser humano no puede serle negado por el Estado. Añadió que la vida es un continuo y que el derecho a la vida nos vincula a todos, especialmente a los poderes públicos, por lo que resulta obligación de todos y, especialmente, de estos últimos, asegurar su

protección. Por lo mismo, enfatizó que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la vida de los seres humanos.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, concluyó que dentro de nuestro marco constitucional, el proyecto en estudio es inviable.

Para finalizar su intervención, citó al poeta colombiano Gabriel García Márquez, quien advirtió que “La vida no es sino una continua sucesión de oportunidades para sobrevivir.”. Enfatizó que esta iniciativa niega toda oportunidad para sobrevivir a la criatura que está en el vientre materno, lo que resulta aún más impactante en el caso de la violación, en que ninguna debilidad presenta aquel ser que va a ser eliminado.

En tercer lugar, usó de la palabra **el abogado constitucionalista de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señor Diego Schalper.**

El señor Schalper agradeció la posibilidad de exponer ante la Comisión sobre un tema y una iniciativa que le parecen de una gran relevancia.

Partió refiriéndose a lo señalado por la profesora señora Alejandra Zúñiga respecto al violinista de Thomson, caso que se ha discutido en distintas partes del mundo. Consideró que dicho ejemplo puede ser muy persuasivo y generar una discusión interesante respecto a cuáles son los niveles de heroísmo que se pueden exigir jurídicamente a una persona. Pero, advirtió, es un ejemplo impropio porque si bien es posible discutir acerca de cuánto se puede requerir, lo que no está en debate es que hay un deber mínimo de no matar. Por lo tanto, declaró, la pregunta no es si ese violinista puede mantenerse con el riñón de otra persona, si no que si aquella que provee el riñón puede pararse y ahorcar al violinista, siendo indiscutible que no puede hacerlo.

Agregó que el ejemplo citado por la profesora Zúñiga también plantea una paradoja, porque en el momento en que se asume que hay un paralelo entre el violinista y el nonato, se entendería que la profesora le confiere los mismos atributos de persona al *nasciturus* y al violinista; por lo tanto, estaría reconociendo la condición de persona a aquel que está por nacer.

Se mostró contrario a invocar al filósofo Immanuel Kant como argumento a favor del aborto, ya que él sostuvo que toda persona tiene dignidad humana por el solo hecho de ser persona y que jamás podrá ser medio para otro fin distinto en sí mismo. La pregunta que surge, añadió,

es si atribuimos o no al feto la condición de persona, pero atribuida dicha condición, le toca la dignidad de todo sujeto y, por ende, no puede ser objeto de ningún tipo de acto que ponga fin a su vida. En conclusión, mal podría avalarse una intervención que ponga fin a la vida de alguien.

Respecto al derecho internacional, subrayó que gran parte de las organizaciones que menciona la profesora Zúñiga no tienen un carácter vinculante para el derecho chileno. Destacó que el artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos es claro y dispone: “1. 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.”.

Al respecto, sostuvo que la discusión de cuando comienza el estatuto de persona y a quien se atribuye o no la condición de persona, está zanjada. Afirmó que la pregunta que debe hacerse es más bien quién se considera como persona para nuestra Carta Fundamental y, por lo tanto, a quien se le aplica el estatuto de protección. Manifestó que al dictarse la ley N° 19.611, se consagró la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, agregando que al reemplazarse la expresión “hombre” por “persona”, quedó incluida dentro de ésta la criatura que está por nacer.

Por otra parte, hizo presente que el aporte de la embriología ha determinado que la unión de los ovocitos con el núcleo del espermatozoide da lugar a que surja un sujeto con identidad genética. Agregó que los profesores Maturana y Varela han señalado que cuando se produce la fusión de ambos núcleos y la membrana del óvulo se permea, ya no es posible que ingrese otro espermatozoide. En dicho instante, precisó, se produce una identidad irrepetible y empieza un continuo de producción celular. Advirtió que dicha identidad genética no cambia en ningún momento; por lo tanto, la condición de persona se adquiere desde ese momento fundacional. En consecuencia, dijo, es evidente que desde la concepción la persona humana adquiere la condición humana y, por lo tanto, hace suyo el estatuto de protección de todas las personas.

Manifestó que el artículo 19 de nuestra Carta Fundamental señala, en su encabezado, que “La Constitución asegura a todas las personas....”, frase que no hace presente ninguna distinción. A la vez, basándose en el número 2° del mencionado precepto, sostuvo que no es posible establecer distinciones respecto del mandato de no terminar con la vida de dos personas en igual situación, porque ello implicaría necesariamente una distinción arbitraria.

En virtud de lo expuesto, afirmó que cualquier proyecto de ley que proponga la interrupción de la vida humana se plantea en contradicción a un estatuto constitucional que la protege desde el momento de la concepción.

Expuso que cuando la Constitución, en el número 1°, inciso 2°, del artículo 19 dispone que “La ley protege la vida del que está por nacer.”, no está utilizando la expresión verbal “proteger” en forma casual. Añadió que en la Comisión Constituyente se planteó la discusión respecto de por qué no hacer una prohibición explícita del aborto, agregando que el mandato que realiza nuestra Carta Fundamental al legislador consiste en buscar las maneras de resguardar la vida del que está por nacer, lo que se opone a cualquier proyecto de ley que busque terminar con dicha vida.

Recordó que el tema más controvertido en la mencionada Comisión fue el relativo al aborto terapéutico, que dice relación con la situación en que se encuentran los médicos cuando buscando salvar tanto la vida de la madre como la del hijo, deben intervenir quirúrgicamente. Advirtió que lo que plantea el proyecto de ley en discusión a este respecto es una cuestión radicalmente distinta, ya que en este último la acción inmediata por parte de los médicos en la primera causal no persigue salvar la vida de ambos, sino que interrumpe el embarazo bajo el riesgo en que se halla la madre.

Destacó que la Corte Suprema ha informado que es innecesario regular esta causal, porque la práctica médica ya zanjó la correspondiente discusión hace un buen tiempo.

Apuntó que, por su parte, la jurisprudencia no tiene dos voces. En efecto, ha declarado que la protección del nonato comienza en el momento mismo de la concepción y que desde ahí en adelante debe preservársele como a cualquier persona. Por lo tanto, toda acción positiva tendiente a poner fin a la vida de una persona se hace incompatible con la Constitución, incluso en los casos contemplados en las tres causales en estudio.

Afirmó que estas tres situaciones son efectivamente muy dramáticas, a pesar de lo cual se preguntó si se justifica poner término al embarazo. Recalcó que la expresión “interrumpir” impide la reanudación, añadiendo que el verbo utilizado es equívoco y que debe ser reemplazado por la palabra “cese”, ya que esa es la acción quirúrgica que se pretende legalizar.

Hizo presente que nuestra Constitución no es neutra desde el punto de vista del rol que cabe al Estado respecto a las personas. Ésta, precisó, en su artículo 1°, incisos cuarto y quinto, y en otros preceptos no invita al Estado a una actitud de omisión respecto a las personas que están en una situación de debilidad. Connotó que quienes creen en un Estado activo, solidario y que tiene que ir al encuentro de las personas más débiles, piensan que más que estar discutiendo sobre cómo abstraerse de esa situación y delegar esta decisión a la mujer, se plantean

cómo el Estado se hace cargo de su deber de proteger y fomentar la maternidad.

Declaró que el aborto delega en la persona más frágil la decisión más difícil de todas, subrayando que es el Estado el llamado a hacer las reformas que sean necesarias para ponerse al servicio de la mujer y de la maternidad.

Expresó que el nivel de abstención registrado en las últimas elecciones municipales se produjo porque muchas veces los temas que son prioridad para la ciudadanía, no lo son en el debate legislativo. Manifestó que no conoce ningún estudio de opinión en que la temática de la interrupción del embarazo sea prioridad, enfatizando que sí sabe de muchos otros en los cuales los temas de protección de la maternidad son preferentes.

Concluyó su intervención señalando que la iniciativa en discusión se plantea en contra del estatuto de la persona que nuestra Carta Fundamental establece y que es contradictorio con el deber de servicialidad, situándose, más bien, del lado del individualismo. Agregó que el foco de la discusión en esta materia es cómo generar las condiciones para promover la maternidad, sin escudarnos en la salida fácil de delegar la decisión sobre el tema en la individualidad de una mujer que se encuentra en una situación límite.

Finalizadas estas intervenciones, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra a los señores Senadores presentes.

La Honorable Senadora señora Adriana Muñoz hizo notar que, revisada la génesis de de las Constituciones Políticas que han regido en nuestro país, se advierte que ninguna mujer ha participado en su redacción, razón por la cual la visión que estas Cartas Fundamentales ofrecen es absolutamente masculina y desconoce a la mujer, especialmente cuando ella vive una experiencia tan relevante como es el embarazo.

Consignó, enseguida, que en las dos últimas intervenciones se ha señalado que al nonato se le reconoce como persona, pero no se ha explicado cuál es la calidad que tienen las mujeres en la Constitución. Al parecer, dijo, el *nasciturus* posee un estatus superior de derechos reconocidos constitucionalmente, resultando inaceptable que en pleno siglo XXI las mujeres sigan siendo consideradas como elementos de fomento de la maternidad.

Refiriéndose al texto del proyecto, indicó que dos de los casos que allí se plantean se refieren a situaciones en que la mujer ha

optado por ser madre. Recordó que el aborto terapéutico, que estuvo vigente hasta el año 1989, proponía resolver la tensión que se producía entre dos bienes jurídicos, que son la madre y el que está por nacer, y se inclinaba por favorecer a la primera. Luego, al proscribirse ese año todo tipo de interrupción del embarazo, los abortos continuaron produciéndose, detectándose diferencias en cuanto a los niveles de seguridad con que se practican, aspecto que está en función de la capacidad económica de la mujer. Hizo presente que la tercera causal, es decir, aquella en que se autoriza a interrumpir un embarazo que haya sido resultado de una violación, es la más compleja, porque hay una vida que se está desarrollando con normalidad en el seno materno.

Abogó por actualizar los conceptos en juego, de manera que el presente debate se centre en las mujeres como personas y como sujetos de derecho.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya, hizo presente que en el año 1989 se derogó la norma que permitía el aborto terapéutico en Chile, sin darse ningún razonamiento de carácter constitucional para proceder de esta forma. Ello, dijo, pudo parecer una concesión del régimen militar hacia algún credo religioso. Preguntó cómo se puede entender esta doble interpretación, en que por una parte, hasta el año ya mencionado se entendía que el aborto terapéutico era constitucional y por otra, a partir de dicho año deja de serlo.

Hoy, añadió, se realizan abortos terapéuticos cuando existe riesgo para la vida de la madre y nadie alega la inconstitucionalidad de dicha conducta. Destacó que aplicando el principio de interpretación progresiva, no habría fundamento para que ella se declare.

El Honorable Senador señor Larraín manifestó que la discusión sobre lo que ocurrió el año 1989 es de índole sofista, agregando que no conoce a ningún médico ni ningún establecimiento hospitalario que hayan sido juzgados por practicar abortos terapéuticos. Añadió que el Código Sanitario establece expresamente que aquellas interrupciones que se consideran indebidas son las que provocan directamente el aborto, siendo éstas las figuras prohibidas por el legislador. Consignó que el problema que presenta la primera causal es que permite que cualquier acto se interprete como destinado a salvar la vida de la madre cuando ella no corre riesgo, lo que de algún modo constituiría una vía abierta para el aborto libre.

Sostuvo que si no existiera la presente iniciativa, ninguno de los casos de estas características sería considerado abortivo en el sentido propio del hecho que tipifica el Código Penal, porque no constituyen una interrupción directa del embarazo. Recalcó que no hay

aborto en la premisa que establece la primera causal del proyecto, salvo por la mala redacción de la misma, que podría dar lugar al aborto libre.

En relación a la segunda causal, preguntó por qué no se puede privar de la vida a un recién nacido inviable, si con la mencionada causal se permite hacerlo respecto al embrión o feto que padece una alteración estructural congénita o genética de carácter letal. Consultó por qué surge el derecho a quitarle a ese ser la existencia si se considera que estamos en presencia de vida humana en el vientre materno. Por qué, se preguntó, la mujer va a tener una tuición superior sobre esa vida. Si el ordenamiento jurídico no protege esa vida, agregó, ¿quién lo va a hacer?

El Honorable Senador señor Espina recordó que el mandato central conferido a la Comisión en relación a esta iniciativa consiste en determinar su constitucionalidad a la luz de lo que disponen las reglas constitucionales y los instrumentos internacionales vigentes en esta materia.

Observó que, efectivamente, las mujeres han ganado un rol activo y relevante en la sociedad, añadiendo que, sin embargo, esta última hace poco por proporcionar la protección y el amparo que ameritan las embarazadas. La sociedad, insistió, no asume el deber que le cabe en este ámbito, aun cuando acepta este nuevo rol de la mujer.

Consultó a la profesora Zúñiga si le correspondería al Estado proteger al *nasciturus* en caso de entenderse que hay vida desde la concepción y le pidió desarrollar el concepto de “en general” que utiliza la Convención Interamericana de Derechos Humanos ya citada.

El profesor señor Schalper manifestó que empatizaba profundamente con lo planteado por la Honorable Senadora señora Muñoz en cuanto a la necesidad de contar con estructuras jurídicas y sociales adecuadas en el ámbito de la protección de la maternidad, consignando que las mujeres no solo son sujetos de derecho, sino que además deben beneficiarse con acciones en pos de la maternidad. El debate, dijo, no es entre hombres y mujeres, sino que busca encontrar criterios comunes frente al tema de la protección de la vida, dado que los derechos humanos existen para todos por igual. Aseveró que si nos convencemos de que la persona que está por nacer es tal desde la concepción, no queda sino establecer una actitud de protección y respeto de su derecho a la vida.

Destacó que, en la actualidad, el aborto terapéutico entendido como la intervención médica que busca salvar la vida de ambos pacientes, la madre y el feto, está totalmente aceptado por la

legislación chilena. Advirtió que, en cambio, la iniciativa en estudio invita a que, en ciertos contextos, el médico directamente ponga término a la vida del que está por nacer. Es por ello que los casos de embarazo tubario, de preeclampsia o aquellos en que se presenta el dilema para un médico de poner fin a la vida del feto están aceptados por nuestra legislación y sería una aberración no entenderlo así, porque efectivamente los facultativos, ante una situación límite, naturalmente intentan hacer lo que es mejor.

Respecto a la segunda causal, expuso que existen muchos casos en que se ha declarado la inviabilidad del feto y finalmente el bebé ha nacido sin presentar complicaciones de ningún tipo. Preguntó quién asume esa responsabilidad.

Estuvo de acuerdo, luego, con lo mencionado por el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya, cuando hizo referencia a la interpretación progresiva, pero indicó que incluso en ella hay un valor común, que es que la vida de todas las personas debe respetarse siempre, porque es un mandato básico para cualquier persona que cree en los derechos humanos.

Finalizó señalando que la pregunta que uno debe hacerse es si aquél que está por nacer es o no persona. Si se le considera como tal, añadió, debe conferírsele un resguardo que permita la convivencia en sociedad con ciertos niveles mínimos de civilización y de respeto a los derechos humanos.

El profesor señor Naudon coincidió con que el aborto terapéutico está permitido. No obstante, señaló que le asisten buenas razones morales, religiosas y de políticas públicas para estar en contra del aborto. Remarcó que mientras el ordenamiento constitucional actual siga vigente, el proyecto en estudio no tiene cabida.

La profesora señora Zúñiga hizo presente que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que ha sido interpretada por la Corte Interamericana, dispone en su artículo 4.1, 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.”. Añadió que se ha entendido que la expresión “en general” significa que cuando existe un conflicto que compromete la vida de la madre o su salud e integridad física, que son los tres casos específicos que este proyecto defiende, debe prevalecer la voluntad de la madre en materia de aborto.

Enfatizó que la referida Corte Interamericana ha sostenido que una legislación como la nuestra es incompatible con la Convención ya citada, la cual ha regido durante treinta años sin conflicto ni

contradicción con las legislaciones que han despenalizado el aborto en todo el continente.

Finalizó señalando que esa es la forma de interpretar dicha norma en particular, agregando que las tres causales contenidas en la iniciativa son perfectamente compatibles con esa regla, tanto por la historia fidedigna de la misma como por los fallos que la Corte Interamericana ha pronunciado sobre el particular.

Sesión del 9 de noviembre de 2016

En esta oportunidad, participaron **los abogados analistas de la Biblioteca del Congreso Nacional, señor Juan Pablo Cavada, acompañado por las señoras Paola Truffello y Christine Weidenslaufer, y el abogado don Pablo Urquízar.**

En primer término, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra **al abogado de la Biblioteca del Congreso Nacional, señor Juan Pablo Cavada,** quien presentó un trabajo que se le solicitara, denominado "Profesionales o instituciones que pueden ejercer objeción de conciencia frente a la interrupción del embarazo: derecho comparado".

El señor Cavada explicó que la objeción de conciencia se funda jurídicamente en la libertad de pensamiento, conciencia y religión, contemplada en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Estas prerrogativas y sus limitaciones se reconocen también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Explicó que en el derecho comparado la objeción de conciencia en la interrupción voluntaria del embarazo considera de manera especial la mención de los posibles titulares de este derecho, entre los que se consideran las personas jurídicas.

Por su parte, 45 de los 50 estados de los Estados Unidos de Norteamérica permitirían a algunos proveedores de servicios de atención médica negarse a proveer servicios de interrupción del embarazo y uno de ellos lo limita sólo a instituciones religiosas.

Señaló que en España, Bélgica, Francia y Reino Unido, a primera vista, la consagración del derecho de objeción de conciencia en materia de interrupción del embarazo para profesionales de la salud que no sean médicos es similar, al menos en cuanto a su reconocimiento y a las limitaciones que se les imponen. En paralelo, en esas jurisdicciones se obliga al titular al cumplimiento de ciertas obligaciones

accesorias, como la de informar, que es un aspecto muy relevante considerando los efectos que supone el silencio para el retardo de la interrupción del embarazo, pues en todos los casos el ejercicio del derecho a abortar se encuentra supeditado a la exigencia de límites temporales.

Con todo, una análisis más detenido evidencia algunas diferencias en los ámbitos señalados; por ejemplo, Bélgica y Francia enumeran a los profesionales objetores de conciencia, mientras que España y Reino Unido señalan determinadas categorías. También existen diferencias sobre las obligaciones accesorias para el ejercicio de la objeción. En Francia y Reino Unido, el objetor debe referir al paciente a otros profesionales de la salud competentes, lo que es rechazado en Bélgica.

El alcance de la garantía a favor de los profesionales de la salud puede variar en cada caso, observándose al menos dos elementos a distinguir, que son: quienes son los sujetos activos del derecho de objeción y las obligaciones que se imponen accesoriamente en favor de la paciente, que verá rechazado su requerimiento de interrumpir un embarazo.

A continuación, se ofreció el uso de la palabra **al abogado señor Pablo Urquízar.**

El señor Urquízar inició su presentación manifestando que la dignidad del ser humano es la premisa fundamental en la que se basa toda sociedad moderna, de manera que desconocer este hecho fundamental es atentar contra la humanidad misma. Explicó que este es nuestro punto básico en común como seres humanos.

Manifestó que la Declaración Universal de los Derechos Humanos plantea que la libertad, la justicia y la paz entre las naciones se basa en el reconocimiento de la dignidad e igualdad intrínseca e inalienable de todos, sin distinción alguna.

Manifestó que su presentación plantea la necesidad de examinar si el proyecto que ahora se discute respeta este principio fundamental de la dignidad básica e intrínseca de todas las personas, cuya primera manifestación comprende el respeto absoluto de los derechos humanos.

Connotó que tanto el Mensaje con que se inició su tramitación como el articulado de este proyecto omiten por completo hacer mención respecto de la naturaleza de ser humano del concebido pero no nacido, a diferencia de la posición que se le otorga a la mujer, respecto de la cual su dignidad y su condición de titular de derechos no entra en discusión.

Planteó que las normas de la proposición plantean una solución a un conflicto entre bienes jurídicos que por sí mismos son inconmensurables, pero a reglón seguido sólo afirma los derechos de la mujer y olvida por completo los del ser concebido, preteriendo la existencia misma del conflicto que aquí subyace.

Expresó que esto va muy de la mano con la concepción que tiene el Gobierno sobre la naturaleza jurídica del no nacido. Señaló que en el año 2014 nuestro país fue sometido al examen universal del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, instancia en la que se recomendó defender y respetar los derechos de la persona humana desde el momento de la concepción hasta la muerte natural. El Gobierno, agregó, no aceptó esta recomendación arguyendo que nuestra legislación vigente establece que la existencia legal de toda persona humana comienza al nacer, esto es, al separarse completamente el hijo de la madre, lo que de paso le niega la calidad de persona al no nacido.

Puntualizó que no hay ningún tratado ratificado por nuestro país y que se encuentre vigente que contemple el aborto como un derecho humano. Expresó que el único instrumento internacional que lo establece es el Protocolo de Maputo, referido a la Carta Africana de Derechos Humanos, que consagra la obligación para los Estados de ese continente de proteger los derechos reproductivos de las mujeres, autorizando el aborto en caso de violación, incesto y cuando el embarazo pone en peligro la salud física y mental de la madre.

Recordó que el inciso segundo del artículo 5º de nuestra Carta Fundamental establece que la soberanía reconoce como límite externo el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Planteó que los derechos esenciales no emanan de la soberanía, sino de la dignidad intrínseca de todas las personas que está en el fondo de la naturaleza humana.

Explicó que esos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana están reconocidos en una plétora de tratados internacionales, entre los que destaca la Convención de los Derechos del Niño. Esa carta internacional de derechos humanos prevé en su preámbulo que el niño, por razones de dependencia física y mental, necesita de ciertos cuidados antes y después de nacido. Ello importa que el concebido es un niño no nacido, pero en todo caso es un niño, que cae dentro de la definición del artículo 1º, que señala que niño es todo ser humano menor de 18 años de edad.

A su turno, el artículo 8º de ese estatuto prevé la prohibición absoluta de discriminar en base a las circunstancias del nacimiento del niño o a la condición de sus padres. Finalmente, su artículo 6º establece que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida.

A continuación, pasó revista a la Convención Americana de Derechos Humanos. Ese pacto internacional, suscrito por Chile, establece, en su artículo 1.1, que tiene la condición de persona todo ser humano. A su turno, el artículo 4.1. establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida y que ese derecho estará protegido por la ley, en general, a partir de la concepción.

Expresó que un fallo que en esta materia se cita habitualmente es la resolución del caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, que contendría una suerte de denegación de la personalidad del que está por nacer. Sobre el particular, connotó que no se ha hecho mención al voto disidente suscrito por el ministro chileno don Eduardo Vio Grossi, quien observa que para la Convención, la vida de una persona existe desde la concepción, lo que es equivalente a decir que tiene la calidad de ser humano desde que es concebida.

Añadió que, por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 6.5., prevé que no se puede imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez. Expresó que la razón de esta disposición no es una prerrogativa especial a favor de la mujer que fue condenada a esa pena tras un proceso judicial, sino una medida de protección de la vida de la persona que está por nacer.

A su turno, el artículo 10 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad prevé el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y obliga a los Estados a adoptar todos los mecanismos necesarios para asegurar ese derecho a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. Añade que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento pleno de su personalidad y establece el deber de los Estados de considerar las salvaguardas necesarias para que los niños y niñas con discapacidad gocen plenamente de todos sus derechos humanos en igualdad de condiciones con el resto de la población.

Planteó que las disposiciones antes citadas relevan la calidad de derecho humano esencial a la vida del que está por nacer, el que se convierte, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5º de nuestra Carta Fundamental, en un límite infranqueable para la soberanía.

En razón de lo anterior, sostuvo que las disposiciones de este proyecto son inconstitucionales.

Enseguida, pasó a revisar las causales que contempla el proyecto. En primer lugar, se refirió a la causal relativa al riesgo de la vida de la madre. Planteó que en virtud del principio del doble efecto,

esta disposición es innecesaria y se trata de una conducta que no está penalizada, por lo que no es necesario despenalizarla.

A su turno, la causal de inviabilidad fetal constituye una grave discriminación para los niños que están gravemente enfermos y los que están sanos, saltándose las normas de la Convención de la Discapacidad, que prohíbe toda discriminación basada en la condición física o mental, intelectual o sensorial de una persona.

Respecto a la causal sobre violación, planteó que resulta completamente inaceptable que a un ser humano se le condene por un crimen cometido por su progenitor. Observó que ni siquiera el violador tiene pena de muerte, pero, como contrapartida, esta causal priva a un ser inocente del derecho más básico que tiene, que es la vida.

Indicó que este proyecto discrimina arbitrariamente a los niños antes de nacer sobre la base de las circunstancias de su concepción, lo que incumple de forma palmaria la Convención de los Derechos del Niño, que prohíbe expresamente cualquier discriminación contra todos los niños, incluyendo los que están por nacer, basada en la condición de sus padres. Explicó que esta regla plantea que los niños son seres cuya dignidad es intrínseca y completamente independiente de la situación de sus progenitores.

Puntualizó, finalmente, que la solución del problema que plantea el aborto no puede pasar por el desconocimiento de los derechos fundamentales y la dignidad de los niños que están por nacer y de los de la mujer que está embarazada.

Seguidamente, intervino **el Honorable Senador señor De Urresti,** quien se refirió a la objeción de conciencia y al hecho de no considerarse la situación de la totalidad del personal de la salud que labora en el sector público y que está obligado a proveer los servicios que la ley establece. Manifestó que es respetable la posición personal contraria al aborto que puede tener un facultativo por razones religiosas particulares, pero ello no lo debería poner en la situación de imponer su pensamiento a los demás miembros del equipo y menos impedir que la institución de salud del Estado en la cual labora incumpla la ley. Expresó que las objeciones personales son plenamente atendibles cuando se dan en un contexto privado, pero no en el ejercicio de un rol público.

En relación con la intervención del abogado señor Urquízar, puntualizó que éste pierde de vista que nuestra legislación interna es palmariamente clara a la hora de establecer desde cuando se inicia la personalidad, indicando que sobre esa base está construído el proyecto que ahora se discute. Añadió que las demás aseveraciones vertidas en esa exposición parecen olvidar los derechos que le asisten a una mujer que ha

sido víctima de una violación. Señaló que en el contexto de esa atroz agresión, el proyecto se limita a dar a la víctima la opción de decidir.

Recordó, por otra parte, que ni la ciencia ni la teología se han puesto de acuerdo en cuanto al momento en que comienza la vida y sentenció que, en su calidad de legislador, no le corresponde dilucidar ese punto pero sí otorgar a los ciudadanos derechos en la ley.

Luego, intervino **el Honorable senador señor Harboe,** quien observó que el argumento principal del abogado señor Urquízar para oponerse a este proyecto es que la solución que se propone afectaría gravemente la dignidad humana. Ello se basa en que se predica la calidad de persona del ser concebido desde el momento de su concepción. Planteó entonces que interesa a la Comisión conocer la evidencia científica que sustenta la afirmación anterior, pues la información que hasta el momento se maneja, incluso entre los principales teólogos de la Iglesia Católica, muestra que no hay seguridad sobre este punto y que éste aún es motivo de discusión.

Por su parte, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** consultó al abogado analista de la Biblioteca del Congreso Nacional cuál es el ámbito de aplicación de la objeción de conciencia entre facultativos que laboran en recintos asistenciales públicos. Le preguntó también si ello se predica igualmente a nivel institucional y hasta qué integrantes del resto del equipo médico se extiende este derecho.

El abogado analista señor Cavada planteó que, en general, la objeción de conciencia abarca no sólo al facultativo que practica el procedimiento, sino también al resto del equipo médico. Expresó que la amplitud de la expresión “equipo médico” es muy variable y se formula de diversas maneras, que van desde casos donde se determina de manera precisa a qué tipo de profesionales de la salud abarca, hasta otros extremos como el caso inglés, que considera incluso a la secretaria que presta apoyo administrativo al grupo médico que interviene.

Añadió que lo anterior debe ser atemperado por una regla que aparece en todas las jurisdicciones estudiadas, que impone la obligación de practicar procedimientos de aborto cuando se trata de situaciones en que está en juego la vida de la madre. Puntualizó que en tales casos, la objeción de conciencia no tiene valor alguno.

La abogada analista de la Biblioteca del Congreso Nacional, señora Christine Weidenslaufer, planteó que el tema de la objeción de conciencia partió en Estados Unidos de Norteamérica con ocasión de la conscripción obligatoria y la participación en la guerra y desde ahí ha pasado a otras áreas.

Explicó que, a nivel federal, se han introducido tres legislaciones que permiten objetar a los individuos y a las instituciones dedicados a la atención médica, incluso en un concepto más amplio, que también comprende la contracepción. Indicó que el derecho a objetar desarrollado en estas enmiendas es muy amplio y también considera herramientas para impedir que se le nieguen fondos federales a quienes objetan. Además, establece que no se puede discriminar al profesional que no se quiera capacitar en esta área y, como contrapartida, se contempla un sistema de castigo consistente en negar fondos federales a quien discrimine al objetor.

Señaló que la situación cambia diametralmente a nivel estatal, pues en ese ámbito se observa un abanico normativo muy disperso, que va desde el caso del Estado de California, que es muy restrictivo en materia de objeción de conciencia y sólo la admite para instituciones privadas abiertamente confesionales -tanto prestadoras de servicios médicos como entidades que proporcionan servicios financieros de seguros médicos-, al extremo opuesto del Estado de Utah, que consagra un derecho a objeción extremadamente amplio.

Planteó que el tema institucional del derecho a la objeción también ha abarcado a la industria farmaceútica, donde de nuevo se observa una dispersión relevante de criterios entre los diversos Estados de la Unión.

Expresó que el contenido del derecho a objetar abarca la exclusión de responsabilidad penal, civil y administrativa y entiende que, como regla general, este derecho no puede impetrarse válidamente cuando está en riesgo la vida de la mujer embarazada.

A continuación, hizo uso de la palabra **el Honorable Senador señor De Urresti,** quien observó que la objeción de conciencia que se ha analizado se refiere a jurisdicciones donde opera el aborto libre. Por tanto, dijo, la información expuesta no necesariamente es aplicable a los esquemas que se contemplan en este proyecto, que comprende tres causales muy específicas para autorizar el procedimiento de interrupción del embarazo.

En otro orden de materias, notó que a lo menos en la mitad del territorio nacional la oferta de salud que proporcionan los servicios públicos es la única disponible, por lo que permitir al interior de un establecimiento de salud que opere la objeción de conciencia importa, al final de cuentas, denegar la atención médica y dejar a la paciente entregada a su suerte.

El analista señor Cavada puntualizó que el

informe elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional se refiere en general al derecho de objeción de conciencia de los facultativos e instituciones requeridas para practicar un procedimiento de interrupción del embarazo, sin distinguir si en las jurisdicciones estudiadas se establece un derecho al aborto libre o sólo si tiene lugar en ciertos casos. Con todo, planteó que en todos los casos estudiados el derecho de objeción cede si está en peligro la vida de la madre, lo que puede ser considerado una causal de aborto en aquellos lugares donde impera un sistema como el que propone este proyecto.

Además, explicó que en diversos casos de Europa y de la mayoría de los Estados de Estados Unidos de Norteamérica también se impone una salvaguarda en favor del paciente objetado, que impide que la objeción lo termine dejando sin cobertura médica. Explicó que estos mecanismos operan por la vía de obligaciones de información y/o de derivación a profesionales o instituciones que no objeten.

A su vez, **la analista señora Weidenslaufer** planteó que la regulación del tema en Estados Unidos parte del caso Row Vs. Wade, fallado por la Corte Suprema de Justicia de ese país en 1973. Recordó que, en esa oportunidad, el punto en juego no fue una consideración de índole sanitaria, sino la preocupación por la protección del derecho a la privacidad de la mujer que requiere que se practique un procedimiento de interrupción de su embarazo y por ello se aplicaría en un marco de aborto libre. A su turno, el tema de la objeción de conciencia de los médicos que están en condiciones de practicar este procedimiento -y sus limitaciones-, se plantea como un asunto de no discriminación y de acceso a las prestaciones de salud que financia el Estado.

Manifestó que, en cambio, el reconocimiento del derecho de la mujer a abortar en Inglaterra parte de una consideración distinta, centrada en la salud mental de ella y su bienestar emocional. Acá, dijo, caben situaciones como la violación o aquellas en las que la embarazada no está en condiciones económicas para solventar la mantención de otro hijo.

Por su parte, **la abogada analista de la Biblioteca del Congreso Nacional, señora Paola Truffello,** abordó la situación de los objetores institucionales de conciencia.

Manifestó que tal como fue anteriormente informado por sus colegas, en Estados Unidos este asunto está particularmente tratado en la legislación federal y estatal, observándose en esos dos niveles importantes grados de dispersión regulatoria. Planteó que la situación en la Unión Europea es diversa, pues mediante la resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa Nº 1.763, de 2010, se intentó regular este tema en relación a las personas jurídicas, sin distinguir si

son públicas o privadas. Con todo, dijo que no se trata de un asunto pacífico y que hay diversas sentencias de los tribunales que componen el sistema europeo de derechos humanos, que van desde el extremo de reconocer el derecho a levantar en este aspecto el *ethos* profesional que guía a la institución, al opuesto, que derechamente plantea que el derecho de objeción emana del derecho a la libertad de conciencia, por lo que no sería una prerrogativa que pueda aplicarse a las personas jurídicas.

En respuesta a lo señalado por el Honorable Senador señor De Urresti, **el abogado señor Urquízar** afirmó que la violación de una mujer es un detrimento grave a los derechos fundamentales que nuestra Carta Fundamental y los tratados ratificados y vigentes en nuestro país le garantizan, por lo cual al violador se le deben aplicar las penas que correspondan según el ordenamiento jurídico, en tanto que a la víctima se le tiene que proporcionar todo el amparo y protección que esté disponible. Expresó que el punto en discusión es si la violación otorga el derecho a proceder contra otro ser humano que no estuvo involucrado en la causa del embarazo.

Por otra parte, sostuvo que la condición de persona de los niños concebidos y no nacidos es un hecho objetivo, que se desprende del preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, la cual explícitamente impone a los Estados contratantes el deber de proteger a los niños de manera preferencial antes y después que nazcan, e impide que se les discrimine en razón de su nacimiento, el origen de su concepción o la condición del padre. Opinó que establecer una condición jurídica disminuida para un niño no nacido en razón del origen de su concepción es una discriminación arbitraria abierta.

Expresó que este no es un debate religioso, sino de derechos humanos y que, por tal razón, la posición de las iglesias debe ser considerada como un aporte anexo pero no como un criterio necesariamente decisorio. Indicó que cualquier estudio moderno de medicina que se aboque a la embriología concluye que la vida empieza en la concepción. Manifestó que otra cosa es establecer que ese organismo humano que tiene una vida propia merece ser tratado como persona. Expresó que ante esta duda, parece mejor emplear un criterio legislativo restrictivo a la hora de autorizar una intervención como un derecho, pues resulta más prudente evitar una situación irremediable contra quien, en el futuro, será considerado persona.

El Honorable Senador señor Harboe planteó que hay que hacer un esfuerzo por no perder de vista el contexto en que se realiza esta discusión, pues no se trata de incorporar en nuestro sistema legal un derecho libre al aborto, sino únicamente establecer una causal de exención de responsabilidad penal en favor de una mujer víctima de una situación límite. Expresó que llevar el debate hacia el tema de la dignidad de

las personas supone hacer afirmaciones que no están respaldadas ni por la ciencia médica ni por la teología autorizada, relativas a la definición del momento en que empieza la personalidad.

Manifestó que el argumento de que frente a la duda es mejor no legislar, choca con el deber que tiene el legislador de hacerse cargo de la realidad de nuestra sociedad. Esto, dijo, es algo similar a la necesidad que en su momento impulsó al Congreso Nacional a legislar sobre el divorcio o sobre la igualdad de los hijos, temas que implicaron, en definitiva, la dictación de regulaciones que respondieron a necesidades reales de nuestra sociedad y no al deber ser.

Recordó que lo que hoy se propone es una modificación mínima, que permite excluir del castigo penal a la mujer violentada sexualmente, lo que importa también un detrimento grave a la dignidad. Manifestó que acá, la política del acompañamiento como única vía puede ser insuficiente en algunos casos, de modo que es preferible dejar entregada la decisión a la víctima.

Manifestó que la prudencia del legislador no indica que en este caso haya que abstenerse de legislar, porque ello importaría que la ley se hace cómplice del daño causado. Por el contrario, sostuvo que lo adecuado termina siendo excluir la aplicación del Derecho Penal a las dolorosas situaciones en estudio.

En respuesta a lo anterior, **el abogado señor Urquízar** expresó que no hay una diferencia esencial entre un ser engendrado hace 8 meses y 30 días al que se le corta el cordón umbilical y la situación de ese mismo ser al momento de su concepción.

Al respecto, **el Honorable Senador señor Harboe** recordó que el proyecto en discusión plantea un tope estricto de semanas de gestación para que la opción de la madre surta el efecto legal que se plantea, por lo que no vendría al caso hacer comparaciones respecto a criaturas que superan con creces ese umbral, como se ha ejemplificado.

El señor Urquízar recordó que sólo la causal relativa a la violación establece un plazo máximo de gestación para que pueda surtir efecto, destacando que en los casos de inviabilidad fetal o de riesgo para la vida de la madre no se considera límite alguno.

Expresó que el punto en discusión es si el inicio de la personalidad coincide con el inicio de la existencia legal. Observó que el segundo parámetro es una decisión completamente arbitraria del legislador nacional, añadiendo que perfectamente podría considerarse para esos efectos un instante distinto a la separación completa entre madre e hijo. Recordó que esa fue la consideración que sostuvo el Gobierno de Chile en

su último examen universal ante el Comité Especial de las Naciones Unidas.

Planteó que otro asunto que debe ser discutido es la naturaleza jurídica de las reglas que el proyecto incorpora. Indicó que no se trata simplemente de una despenalización de ciertas conductas que tienen por objeto directo y único interrumpir el embarazo, sino que va más allá pues introduce en la legislación nacional una suerte de derecho al aborto. En efecto, prosiguió, la mujer a quien le asiste alguna de las causales podrá directamente requerir del Estado una prestación pública consistente en un procedimiento sanitario de interrupción de su embarazo. Ello, opinó, importa una verdadera legalización del aborto, añadiendo que el punto es si esa legalización pasa a llevar lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental, que limita la soberanía cuando se trata de derechos esenciales o fundamentales.

A continuación, intervino **la abogada encargada de Reformas Legales del Servicio Nacional de la Mujer, señora Claudia Sarmiento.**

La señora Sarmiento explicó que la discusión constitucional comparada sobre la interrupción del embarazo debe ser matizada, en consideración a los sistemas en los cuales se encuadra. Indicó que cuando el sistema se diseña en base a plazos, la afectación de los bienes de la mujer es distinta que cuando el asunto se propone partiendo de un esquema de causales acotadas, como lo hace el proyecto que ahora se discute. Subrayó que cuando se hace un esfuerzo de comparación, es muy importante que se trate de contextos similares para que la comparación pueda tener lugar.

Expresó que no es comparable la situación que tiene lugar cuando el ordenamiento jurídico establece un sistema de aborto libre dentro de una etapa determinada de la gestación, con otro que requiere que la vida de la mujer esté en peligro, que el embarazo sea el resultado de violencia sexual o que el feto tenga un diagnóstico de inviabilidad o de certeza científica de que no llegará a término. Planteó que el debate relativo a la autonomía libre de la mujer para interrumpir su embarazo no es abordado por esta iniciativa.

En otro orden de materias, postuló que la objeción de conciencia es, al final de cuentas, una dispensa para no cumplir la ley. Observó que esta circunstancia puede adoptar límites amplios, que abarquen incluso el derecho a no pagar impuestos a raíz de los fines que el Estado asigne a los tributos recaudados. Expresó que lo anterior impone la necesidad de ponderar cuidadosamente cuándo se le otorgará a una persona un permiso para liberarse de la legislación. Y ello debe hacerse aplicando un criterio justo de proporcionalidad. En ese contexto, dijo, cabe la

necesidad de comparar el derecho de una secretaria a no prestar apoyo administrativo a un equipo médico versus la situación de una mujer que requiere la interrupción de su embarazo a ese equipo a causa de la inviabilidad segura del producto de la gestación. Señaló que si se opta por lo primero, indefectiblemente habrá una afectación grave de los derechos humanos de la segunda, sobre todo teniendo en vista que esta comparación tiene lugar en un esquema que no considera la posibilidad de optar libremente por un aborto.

En relación con lo expresado previamente por el abogado señor Urquízar, puntualizó que ha de tenerse en vista que no es lo mismo el mandato que el constituyente impone al legislador relativo a la protección de la vida del que está por nacer, que el derecho a la vida propiamente tal. Expresó que tal distinción permitió que hasta el año 1989, en nuestro ordenamiento jurídico se permitiera el aborto terapeútico. Sostuvo que incluso el derecho a la vida admite limitaciones; por tanto, si hipotéticamente hubiera una homologación entre las dos normas constitucionales citadas, sería posible establecer escenarios lícitos en que el derecho de la vida podría limitarse.

Explicó que otro punto que requiere mayor análisis es la supuesta calidad preestatal que tendrían los derechos fundamentales en la lectura que el abogado señor Urquízar hace del inciso segundo del artículo 5º. Expresó que se olvida que es la propia sociedad, a través del Poder Legislativo que la representa, la llamada a dar contenido a esas prerrogativas por medio de la ley. Manifestó que considerar el asunto de otro modo pondría en tela de juicio el proceso de avance de los derechos que tuvo lugar en el siglo pasado -por ejemplo, en materia de universalización paulatina del derecho a sufragio-, y sobre todo desconocería el rol preponderante que tiene el debate político en la configuración de estos derechos.

Señaló que aunque podría aceptarse la existencia de un continuo entre la vida prenatal y la postnatal, el efecto jurídico de ello no es un asunto fácilmente dilucidable con la pura evidencia fáctica, tal como lo demuestra la dispersión de criterios jurídicos que se observan entre los distintos países a la hora de abordar este tema.

Indicó, finalmente, que resulta problemático hacer un símil absoluto y automático entre la vida prenatal y la existencia autónoma de una persona para efectos del estatuto jurídico aplicable.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya, planteó que en este debate no está en discusión el rol y la importancia de los derechos fundamentales y la necesidad de que el Estado los resguarde. Observó que, no obstante, también hay que reconocer que la configuración y los límites de estos derechos fundamentales son

asuntos que deben estar sujetos al debate público. Ello, añadió, se desprende directamente de la regulación del derecho a la vida de las personas adultas, ya que incluso en ese caso la Carta Fundamental entrega al legislador la decisión de imponer la pena de muerte en situaciones determinadas.

Añadió que también el legislador ha reconocido algunos casos de conflicto entre intereses fundamentales opuestos involucrados en el derecho a la vida, como es la situación de la legítima defensa, la cual, en circunstancias tasadas, permite que el agredido atente contra la vida del agresor sin temor a un castigo penal.

Expresó que los dos casos anteriores contradicen lo que previamente afirmara el abogado señor Urquízar, pues la legislación vigente contempla situaciones excepcionales que permiten limitar el derecho a la vida; por tanto, esta prerrogativa no siempre tiene un carácter absoluto.

A su turno, **el Honorable Senador señor Harboe** recordó que la evidencia levantada en las Actas Constitucionales del trabajo preparatorio para la redacción de la Carta Fundamental que hoy nos rige revela que el alcance de la protección que se debe brindar al que está por nacer es un asunto de suyo discutible. Añadió que también hay que tener en vista que el argumento relativo a la eventual inconstitucionalidad de este proyecto a la luz de la regla del inciso segundo del artículo 5º, retrotrae el tema a la jurisprudencia internacional de los órganos judiciales al conocer los conflictos sobre los derechos establecidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por nuestro país. Expresó que en ese escenario, el criterio jurisprudencial se inclina mayoritariamente a reconocer la preponderancia de la posición de la mujer sobre el producto de la concepción, particularmente en situaciones límite como las que plantea este proyecto.

El abogado señor Urquízar replicó que, a su juicio, existe efectivamente un derecho absoluto cuando se trata de la vida de un inocente. Expresó que en esa situación no está quien es condenado tras un debido proceso por un crimen atroz que, en virtud de una ley de quórum calificado, merece la pena de muerte; ni tampoco quien amenaza gravemente la vida de otro cuando tiene lugar la legítima defensa. Señaló que despejado el punto anterior, la pregunta crucial es determinar si el constituyente permite que el legislador establezca una regla que faculte a un tercero para privar de la esencia de su derecho fundamental a un sujeto completamente inocente.

Sesión del 14 de noviembre de 2016

En esta oportunidad, **la Comisión** escuchó a los profesores señoras Yanira Zúñiga, Ximena Gauché, Ángela Vivanco y Lidia Casas y señores Víctor Manuel Avilés y Patricio Zapata.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya, ofreció en primer lugar la palabra a **la profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, señora Yanira Zúñiga.**

La señora Zúñiga comenzó su intervención agradeciendo la invitación cursada para exponer sobre el proyecto en estudio y constatando, como primer hecho, la controversia que provoca el aborto, la que ha dividido tradicionalmente a las sociedades debido a que ella confronta diversas concepciones morales sobre la vida humana e involucra intereses de muy distinta índole.

Manifestó que, a menudo, tal controversia se presenta como un choque de absolutos que enfrenta, por un lado, la protección del no nato y, por el otro, la autonomía de la madre. Esta manera de enfrentar la cuestión sugiere que la protección jurídica de la vida intrauterina es incompatible con el reconocimiento de la autonomía de la madre para adoptar decisiones relativas al embarazo o, al revés, que la afirmación de la facultad jurídicamente protegida de una mujer gestante para adoptar esta clase de decisiones equivale a descartar la protección constitucional del no nacido. Afirmó que tal abordaje es erróneo, porque presupone que el razonamiento jurídico descansa sobre una especie de algoritmo matemático que arrojaría respuestas exactas derivadas de meros datos abstractos.

A continuación, agrupó sus reflexiones en torno a los siguientes puntos:

I. Los conflictos de derechos/intereses y el balanceo

Expuso que el modelo de aplicación de las normas jurídicas que regulan los derechos fundamentales, en contraste, no es tributario de una racionalidad matemática, sino de una racionalidad instrumental. Expresó que lo anterior puede descomponerse en los siguientes presupuestos teóricos sobre los que descansa la práctica constitucional contemporánea: (a) ningún derecho -incluido el derecho a la vida- es absoluto. En consecuencia, (b) el rol del legislador en un sistema democrático es administrar un régimen de tutela y de limitaciones de los derechos que permita vertebrar una convivencia social justa, en el marco de concepciones del mundo y de intereses plurales. Por lo mismo, (c) las normas que consagran derechos responden generalmente a la estructura de los principios, es decir, son mandatos de optimización que se pueden cumplir en mayor o menor medida y no mandatos definitivos. d) No solo los

derechos fundamentales pueden presentarse como principios, sino también ciertos intereses colectivos especialmente valiosos o bienes constitucionales. (e) Los derechos pueden entrar en conflicto entre sí y también con respecto a los referidos intereses colectivos. (f) La solución de tales conflictos no implica que para que el principio X1 sea válido o exista el principio opuesto X2 deje de ser válido o no exista, ni viceversa. En lugar de eso, (g) se debe utilizar un procedimiento que permita balancear los principios que colisionan, estableciendo una relación de precedencia entre ellos condicionada por las circunstancias concretas que prefiguran ese conflicto puntual.

En términos prácticos, agregó, esto quiere decir que la ley -o la decisión judicial, según sea el caso- debe privilegiar la protección de alguno de los derechos o intereses en pugna, restringiendo la protección del otro derecho o interés contingentemente opuesto, teniendo en cuenta para ello un conjunto de reglas de razonamiento que garantizan que tal decisión sea plausiblemente más justa que la decisión alternativa.

Indicó que vistas así las cosas, no hay contradicción alguna en afirmar que la Constitución chilena protege la vida del no nato y que, al mismo tiempo, protege una serie de derechos de las mujeres gestantes, incluyendo su autonomía. En efecto, afirmó, no se trata de principios mutuamente excluyentes en el plano abstracto, pero es obvio que en la práctica sí pueden entrar en conflicto, como ocurre en lo relativo a la regulación del aborto.

Enfatizó que confiaba, entonces, en haber aclarado una cuestión metodológica previa de suma importancia que, a su vez, permite descartar una asunción común en esta materia, esto es, que la pregunta sobre la constitucionalidad de este proyecto no puede resolverse adscribiendo, de entrada y en abstracto, a una postura de aquellas que se han dado en denominar popularmente provida o proelección (*pro-choice*).

Al contrario, agregó que se debe seguir ciertos pasos para realizar un examen tendiente a comprobar si los derechos/intereses en conflicto se encuentran razonablemente balanceados. Indicó que, en primer lugar, hay que delimitar el problema normativo identificando los derechos o intereses involucrados, para luego determinar en qué medida la tutela de uno (o algunos) de ellos puede justificar razonablemente la limitación del otro (u otros), a la luz de los casos paradigmáticos y no sobre la base de los casos de excepción. Explicó que las pautas normativas que permiten hacer este balanceo a los efectos, coinciden con las exigencias del llamado principio de proporcionalidad.

Anunció que las siguientes cuestiones forman parte de este análisis y, en su opinión, han estado especialmente enmarañadas en el debate chileno relativo a este proyecto.

II. El estatuto jurídico-constitucional del no nato

Advirtió que la cuestión del estatuto jurídico constitucional del pre-embrión/embrión/feto es pertinente para la prefiguración del conflicto y no tiene, en cambio, el carácter conclusivo en la solución del conflicto que suele atribuírsele.

Adujo que si el *nasciturus* es persona, entonces -y solo entonces- se puede hablar de la existencia de un derecho a la vida de éste porque solo las personas pueden ser titulares de derechos conforme lo dispone la propia Constitución. Si, al contrario, el *nasciturus* no es persona, esto no descarta la protección constitucional de la vida intrauterina, pero dicha protección debiera calificarse como un interés colectivo o bien constitucional y no como un derecho fundamental en rigor.

Se preguntó cuál es la relevancia de esta distinción. Al respecto, manifestó que, en general, los principios jurídicos pueden tener distinto *pedigree* o pesos abstractos en el sistema jurídico. Así, *a priori*, un derecho fundamental tiene más peso abstracto que un interés colectivo. Sin embargo, estimó que no vale la pena adentrarse más en esta cuestión porque lo que sostendrá aquí es que tanto las posiciones a favor de la criminalización del aborto como aquellas que promueven su despenalización le han atribuido una importancia excesiva al esclarecimiento del estatuto del no nato, en circunstancias que la utilidad de esa distinción para evaluar la constitucionalidad de las hipótesis que regula este proyecto de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo es marginal. ¿Por qué? Debido a que, por un lado, el derecho a la vida de quienes indubitadamente pueden considerarse personas -es decir, los nacidos- está sometido a un régimen dispar de protección y, por otro, el sistema jurídico limita también derechos fundamentales para preservar la existencia de seres o entidades que escapan claramente a la categoría de las personas (como los animales o el patrimonio ambiental).

II.1. Informó que el sistema jurídico no protege la vida de las personas de la misma manera. Adujo que si examinamos el derecho chileno, observaremos que la afirmación jurídica del igual valor de las personas (contemplada en artículo 1 bajo la fórmula “las personas nacen libres e iguales)”, y el reconocimiento del derecho a la vida (contenido en el artículo 19 Nº 1), no se traducen legalmente en una exigencia de respetar y proteger la vida de todas las personas de la misma manera. Al contrario, las obligaciones, cargas o deberes que el legislador chileno impone a los individuos para proteger la vida de otras personas son diversos y, en principio, es razonable que esto sea así porque si el legislador decidiera universalizar radicalmente la referida máxima no tendríamos cómo resolver una serie de conflictos jurídicos que enfrentamos cotidianamente.

Connotó que si asumimos que la vida de todas las personas es igualmente valiosa ¿cómo resolveríamos, entonces, los ataques a nuestras vidas provenientes de terceros, o los casos en que garantizar la vida de alguien más implica el riesgo de la vida propia (como en un naufragio u otra catástrofe)? ¿Cómo distinguiríamos aquellos casos en que es legítimo que el Estado restrinja nuestros derechos para proteger la vida de otros, de aquellos otros casos en que tal exigencia se vuelve injusta? Reforzó lo dicho ofreciendo algunos ejemplos concretos del derecho nacional.

Apuntó que la legislación actual en materia de donaciones de órganos establece que se considera donante, por el solo ministerio de la ley, a una persona mayor de 18 años, a menos que esa persona en vida haya manifestado su voluntad de no serlo. De ello se sigue que el derecho a la vida de un sujeto que requiere un trasplante de órganos para sobrevivir está menos protegido que la libertad de quien decide en vida no ser donante, o que la voluntad de los padres de no donar los órganos de un hijo muerto. Añadió que como es sabido, tampoco la ley nos obliga a donar sangre, pese a que, en general, tal situación solo crea una molestia para el donante y puede salvar, en contraste, la vida de otra persona.

Consignó que ningún académico o parlamentario ha planteado que tales regulaciones sean inconstitucionales por violar el artículo 19 Nº 1. Subrayó que está consciente que más de alguien podría pensar que las hipótesis antes referidas difieren del aborto porque no hay vínculo previo entre donante y donatario y que, entonces, la diferenciación sería razonable. Pero afirmó que esto no es así. Resulta que la ley chilena no obliga tampoco a un padre o a una madre a salvar la vida de alguno de sus hijos nacidos a costa de la vida o la salud propias, ni les exige un sacrificio patrimonial supererogatorio (por ejemplo, si el hijo padeciera una enfermedad cuyo tratamiento es muy costoso). En ninguno de estos casos la ley prevé una sanción penal, pese a existir un vínculo de consanguinidad entre progenitores e hijos.

Sostuvo que, en realidad, si repasamos el espectro normativo chileno advertiremos que las únicas que están categoricamente obligadas a salvar la vida de otro ser -el no nato- al precio de soportar sacrificios extraordinariamente gravosos sobre sus derechos son las mujeres, debido a que la regulación actual prohíbe la realización de todo tipo de aborto y a que las únicas que tienen la capacidad biológica de gestar son las mujeres. De ahí que la regulación actual del aborto en Chile implique una afectación del principio de igualdad, tanto respecto de la cláusula general del 19 Nº 2 como a propósito del 19 Nº 20, que regula la igualdad respecto de las cargas.

II.2. La personalidad del no nato, en el caso de admitirse, no es conclusiva en el debate sobre el aborto en un sistema de permisos. A este respecto, recalcó que si diéramos por buena la tesis de la

personalidad jurídica al *nasciturus*, el único efecto normativo directo de adoptar tal premisa sería un cambio en el esquema de análisis. Agregó que en el caso de que el no nato sea persona, se configuraría un conflicto de derechos entre dos titulares de derechos (la madre y el *nasciturus*). Si no lo es, se trata de un supuesto de limitación de los derechos de un sujeto (la madre) para salvaguardar un interés colectivo (la vida en gestación). Señaló que salvo el caso de la indicación terapéutica, en el cual se confrontaría el derecho a la vida de la madre con el derecho a la vida del *nasciturus*, las otras dos hipótesis -es decir feto inviable y violación- arrojarían un conflicto entre el derecho a la vida del nasciturus y otros derechos de la madre. Precisó que como la asunción de que el no nato es persona no permite descartar los derechos de las gestantes como si fueran un incómodo detalle, es necesario también evaluar la medida en que el grado de satisfacción del derecho a la vida del primero se correlaciona con el grado de afectación de los derechos de la otra, y viceversa.

Aseveró que el sistema chileno admite que el derecho a la vida pueda ceder ante otros derechos, no solo cuando la mantención del derecho a la vida de un determinado sujeto significa imponerle a otro un sacrificio desproporcionado (es decir, un costo muy alto para sus derechos), sino también, inclusive cuando los sacrificios podrían reputarse relativamente triviales, como ocurre en el caso de la transfusión de sangre.

II.3 La personalidad del *nasciturus* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Pese a lo anterior, expresó que esta materia ha logrado dominar la discusión sobre el aborto, razón por la cual parece imperativo decir aquí algo sobre esta interpretación. Sumándose a un abultado número de constitucionalistas, penalistas y civilistas, sostuvo que hay poderosas razones para desechar la tesis de la personalidad del no nato en el derecho chileno. En efecto, no hay rastro alguno en la historia del establecimiento de la Constitución que confirme la idea de que se le habría conferido al no nato la calidad de persona, innovando con ello la regulación civil y penal previamente vigente.

Agregó que el Tribunal Constitucional razonó lo contrario en el fallo recaído en el proyecto sobre la píldora del día después (en el año 2008) sobre la base de cinco argumentos, de los cuales solo es útil hacerse cargo de dos: a) la evidencia empírica establece que la vida humana comienza desde la concepción, y b) lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala, en su parte pertinente, que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida”, que “este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción”, y que “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

II.3.a) El comienzo de la vida humana y el concepto de persona. En este ámbito, consideró que la idea de persona no

es equivalente a la de vida humana, es decir, no existe identidad entre lo humano y la persona. Esto es así, dijo, porque este último concepto es de carácter adscriptivo y no descriptivo y reenvía a ciertas propiedades que se relacionan con la autoconciencia y la autodeterminación de los sujetos. Añadió que la pregunta jurídica por antonomasia no es cuándo comienza la vida humana, sino cuándo adquiere esta importancia moral. En dicho sentido, manifestó que la respuesta habitual en los ordenamientos constitucionales ha sido entender que los seres humanos nacidos son personas y que los no nacidos, en contraste, no lo son, sin perjuicio de que como ya lo ha señalado, estos pueden ser objeto de protección constitucional también.

II.3.b. La interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH). A este respecto, consideró menester recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el asunto Artavia Murillo y otros, sobre fertilización in vitro, vs Costa Rica (2012), se pronunció sobre la correcta interpretación de esta norma y descartó que en el sistema interamericano sea procedente otorgar el estatus de persona al *nasciturus*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que los Estados pueden legítimamente establecer un sistema gradual e incremental de tutela de la vida intrauterina, siempre y cuando éste sea compatible con la protección de los derechos de las mujeres.

Se preguntó si tiene relevancia esta sentencia respecto de la constitucionalidad del proyecto que el Senado chileno discute, contestando que le parece que es obvio que sí la tiene. Lo anterior, expuso, porque, con independencia del problema relativo a si los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen o no valor constitucional, problema respecto del cual la doctrina y la jurisprudencia chilenas están fragmentadas, y dejando de lado la cuestión también espinosa, de si las decisiones de los órganos de control de dichos tratados son aplicables con preferencia a las normas internas, incluidas las reglas constitucionales chilenas (es decir, la tesis del control de convencionalidad), es claro que el Tribunal Constitucional, aplicando el artículo 5° inciso 2º de la Constitución chilena, como norma de reenvío, ha considerado que la disposición del 4.1 de la CADH es crucial en el establecimiento del estatuto constitucional del *nasciturus* en Chile. Precisó que también resulta claro que la competencia interpretativa de las normas de la CADH está expresamente reservada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en especial, sus artículos 62 y siguientes). Y, por último, manifestó que el artículo 54 Nº 1 inciso quinto de la Constitución chilena establece que “las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”. Opinó que esta última regla ha constitucionalizado el principio de *pacta sunt servanda* del derecho internacional de los tratados -codificado en el artículo 27 de la Convención de Viena-, de suerte que la interpretación

del artículo 4.1 de la CADH, fijada por la Corte Interamericana en el marco de la competencia interpretativa que le confiere el referido tratado, no puede ser disputada por ningún órgano chileno mientras aquel este vigente, porque una interpretación diversa tiene efectos derogatorios, modificatorios o suspensivos de ese tratado no admitidos por la propia Constitución chilena.

III. Los derechos de las mujeres

Consignó que esta cuestión suele quedar relativamente eclipsada en los debates sobre el aborto, en parte, porque como mencionó, éstos se tienden a focalizar en la protección del nonato. Consideró que el proyecto contempla como hipótesis de regulación el peligro para la vida de la madre, la inviabilidad fetal y la violación, haciendo notar que los derechos que pueden resultar afectados son los siguientes: el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (19 Nº 1), y a la salud (19 Nº 9) que incluye la salud física y psíquica, el derecho a la igualdad y la igualdad en las cargas (artículos 1 y 19 Nºs 2 y 20), el derecho a la vida privada (19 Nº 4) y a la libertad de conciencia (19 Nº 6). Además, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 5° inciso segundo, se incorporan a este catálogo los derechos consagrados en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Consideró que dentro de los derechos incorporados por esta vía, es de especial interés el derecho a no sufrir tortura y otros tratos, crueles, inhumanos degradantes contemplado en la Convención respectiva de la ONU, ratificada por Chile, lo mismo que su protocolo complementario. Manifestó que este derecho es pertinente porque se ha entendido transgredido en los casos en los que los Estados imponen a las mujeres gestar en situaciones trágicas, como las que regula el proyecto en comento. Además de los derechos antes identificados, concurren también los llamados derechos sexuales y reproductivos que son parte también del sistema constitucional chileno tanto en calidad de derechos implícitos -es decir, normas derivadas de otros derechos previstos expresamente por el texto constitucional- cuanto como derechos contenidos en diversas normas internacionales. Aclaró que estos derechos reconocen la autonomía moral de los sujetos para tomar decisiones en los contextos procreativos, además de resguardar posiciones de carácter prestacional en materia de salud reproductiva. Por último, aunque la Constitución chilena no contiene en su Capítulo III ninguna norma explícita que consagre un derecho a la autonomía propiamente tal, la doctrina nacional, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el propio legislador nacional han reconocido la existencia en el sistema chileno del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

IV. Una propuesta de balanceo con eje en la proporcionalidad

En esta parte de su exposicióm, indicó que cualquiera sea la tesis que se asuma en materia del estatuto constitucional del nonato, la regulación del aborto implica una colisión de principios –entre los derechos e intereses antes identificados- que debe balancearse. Señaló que no es correcto sostener que de la premisa de que el *nasciturus* es persona y tiene derecho a la vida (en el caso de admitirla), se siga necesariamente la inconstitucionalidad de cualquier régimen de despenalización del aborto, como habitualmente postula aquella parte de la doctrina que defiende la primera tesis. Sostuvo que dicha reconstrucción analítica es falaz porque omite considerar que el ordenamiento jurídico protege de manera dispar la vida y que, en todo caso, desde el punto de vista jurídico no es dable exigir a los sujetos acciones heroicas para tutelar los derechos de otros, ni siquiera para salvar la vida de otros sujetos.

Apuntó que a nivel constitucional, este límite o cortapisa se refleja en la estructura del principio de proporcionalidad, compuesto por tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Es útil advertir, de entrada, que la jurisprudencia chilena, en particular la jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene utilizando ampliamente este principio a efectos de resolver la constitucionalidad de leyes restrictivas de derechos. Hizo presente que la regulación del aborto, cualquiera sea su contenido, no solo es restrictiva de los derechos del no nato (en el supuesto que se admitiera su personalidad), sino también de variados derechos de las mujeres gestantes.

Destacó que Robert Alexy señala que si los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan un mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas de cumplimiento de un derecho o interés colectivo, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere, en cambio, a las posibilidades jurídicas de optimización de un derecho o interés colectivo. Subrayó que aunque pudiéramos arribar a un consenso en el sentido de que la punición total del aborto satisface los subprincipios de idoneidad y de necesidad porque, por un lado, es idónea para proteger la vida del nonato (cuestión discutible considerando la alta cifra de abortos en los Estados que tienen las legislaciones más punitivas, incluido Chile), y, por el otro, no existe una vía alternativa menos gravosa que resulte igualmente exitosa en el cumplimiento del propósito de proteger la vida intrauterina (cuestión que también es muy discutible dado el mayor rendimiento de los sistemas no punitivos basados en transferencias económicas o subsidios a la maternidad para proteger la vida intrauterina); de todas formas estimó que es preciso afrontar una última cuestión normativa que consiste en que debe justificarse que el sacrificio que se le impone a los derechos de las madres gestantes para proteger la vida del nonato no es extraordinariamente gravoso o desproporcionado (principio de proporcionalidad en sentido estricto). Sostuvo que si este último test falla, entonces la restricción de derechos no es constitucional aunque se satisfagan los dos ítems previos.

Consideró evidente que el test de proporcionalidad en sentido estricto no resulta satisfecho en el régimen actual de punición total del aborto. De ahí se sigue, entonces, que el proyecto de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales no solo es conforme a la Constitución, sino que su aprobación es imprescindible y urgente porque permite corregir la inconstitucionalidad de la regulación actualmente vigente. Añadió que esta iniciativa busca evitar precisamente que la ley exija- como lo hace en la actualidad- un sacrificio desproporcionado a las gestantes para proteger la vida del nonato, contemplando excepciones estrictas y calificadas a la punición general del aborto. Bajo el régimen actual, en cambio, las mujeres deben aceptar el riesgo de sus propias vidas para salvar la vida de los fetos que gestan o, en el mejor de los casos, tolerar secuelas graves en su salud, pues se ven obligadas a completar un embarazo a sabiendas de que el feto no sobrevivirá (y, por ende, no hay vida que proteger), con la consiguiente angustia que ello acarrea, o están constreñidas, bajo amenaza de sanción penal, a soportar una gestación que ha sido resultado de un delito, es decir, deben gestar pese a que ni siquiera admitieron la posibilidad de quedar embarazadas. Dijo que en este último caso, el Estado no solo no las ha protegido de la violencia sexual sino que las victimiza nuevamente. Señaló que es importante recordar que esta última hipótesis involucra frecuentemente a niñas y adolescentes respecto de las cuales el Estado tiene obligaciones especiales de protección, que deben considerarse adicionalmente como parte del examen de balanceo.

V. Otras cuestiones adicionales

Complementando su alocución, abordó un par de asuntos que ya se han discutido y que, según expresó, han sido objeto de distorsión.

V.1. Despenalización vs. legalización. En este aspecto, comentó que se ha dicho que el Gobierno buscaría “hacer pasar gato por liebre” al establecer que en aquellas hipótesis que propone despenalizar, la interrupción voluntaria del embarazo dé origen a prestaciones de salud correlativas, las que supondrían -según quienes han planteado esta idea- un plus de disvalor. Opinó que esta aproximación pasa por alto, sin embargo, que en los tiempos en que vivimos el embarazo se encuentra íntegramente medicalizado. En consecuencia, no prever prestaciones de salud correlativas en los casos a despenalizar, implicaría dejar entregadas a su propia suerte a aquellas mujeres que legítimamente decidan interrumpir sus embarazos. Sostuvo que además de la lesión al derecho a la salud y a los derechos sexuales y reproductivos de esas mujeres (los que contemplan el acceso a las prestaciones correlativas según demuestra la propia ley 20.418, que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad), no regular tales acciones configuraría un supuesto de discriminación porque

comporta una distinción no justificable entre las diversas mujeres gestantes, dado que solo las que deciden llevar a término su embarazo tendrían garantizado su derecho a la atención de salud y no aquellas otras que deciden legítimamente interrumpir la gestación.

V.2. En último término, se preguntó si la criminalización del aborto protege los derechos de las mujeres. Afirmó que este argumento, que se ha desplegado tanto para oponerse a las tres causales como para justificar la inclusión en la propuesta de un régimen de acompañamiento que provea consejo e información sobre alternativas a la interrupción voluntaria del embarazo, adolece de varios defectos. En primer lugar, infantiliza a las mujeres al suponer que no tienen la capacidad moral suficiente para tomar decisiones relativas a la mejor protección de sus derechos en contextos procreativos. En segundo término, el argumento es profundamente convencional en términos de género, porque descansa en un estereotipo sobre la maternidad: ninguna mujer podría rechazar voluntariamente la maternidad y, de hacerlo, sufrirá, entonces, varios daños. Y finalmente, desde el punto de vista estrictamente lógico, el argumento es también paradójico pues se afirma que se debe criminalizar a las mujeres que deciden abortar, para proteger la salud y la libertad de esas mismas mujeres. Es decir, añadió, se les debe aplicar el mal mayor para protegerlas del mal menor.

Enseguida, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra a **la Presidenta del Comité de Postgrado e Investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, señora Ximena Gauché.**

La señora Gauché comenzó su intervención señalando que una de las cuestiones que está presente en los debates públicos de la sociedad chilena es la desigualdad que vive el país, la cual no se ha podido revertir en los últimos veinte años y se manifiesta de múltiples formas, afectando especialmente a determinadas categorías de personas, una de las cuales son las mujeres. Agregó que la mencionada desigualdad se refleja en los ámbitos económico, político, laboral, educativo y sanitario, por citar los principales. Precisó que no siendo un fenómeno exclusivo de Chile, la sociedad internacional institucionalizada ha venido haciéndose cargo del tema desde el inicio del contemporáneo discurso de los derechos humanos en 1945, lográndose notables avances normativos e institucionales que han buscado permear los ámbitos domésticos, a fin de mejorar las condiciones del ejercicio de derechos de las mujeres.

Expresó que si bien Chile ha participado en muchas iniciativas y es parte de numerosos instrumentos internacionales que promueven al menos un marco mínimo de protección contra toda clase de

discriminaciones a las mujeres, aún existen múltiples espacios y ámbitos en los que a ellas les cuesta ser sujetos plenos de derechos. Un ejemplo notable, añadió, es el de los derechos sexuales y reproductivos. Por ello resulta relevante conocer cuáles son los estándares en la materia de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos, del cual nuestro país participa, por mandato constitucional, más allá de su vocación de llevar una política exterior respetuosa del ordenamiento jurídico internacional.

Indicó que su exposición tiene como propósito mostrar los estándares en materia de interrupción del embarazo que se han desarrollado en el derecho internacional de los derechos humanos, en el marco de los derechos sexuales y reproductivos, asumiendo éstos como derechos humanos.

A continuación, pasó a agrupar sus planteamientos en los siguientes puntos:

1. Estándares internacionales sobre derechos sexuales y reproductivos y su consideración como derechos humanos.

1.1 Derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos: su conceptualización y evolución.

Manifestó que como parte integral del proceso de construcción de la identidad de cada persona, la sexualidad es un espacio necesario para el desarrollo de la personalidad humana y abarca muchos más ámbitos que solo los aspectos reproductivos, como puede creerse en una simple aproximación conceptual. Expresó que la sexualidad no siempre es un medio para lograr la reproducción pues también puede ser fuente de placer y por ello es que no debe perderse de vista la consideración de los comportamientos sexuales, la libertad para elegir una pareja o los alcances de la disposición del propio cuerpo, por ejemplo, temas en los cuales las mujeres han sido históricamente tratadas con desigualdad.

Indicó que la construcción y evolución de los llamados "derechos sexuales y reproductivos" posee matices importantes y corresponden a un tema de complejo abordaje en los estudios contemporáneos de derechos humanos, si bien no hay un desarrollo acabado de ellos en el derecho internacional de los derechos humanos. Indicó que, de paso, ello explicaría también por qué han entrado en la agenda de los llamados "derechos humanos emergentes", como lo apuntará más adelante.

Declaró que en gran medida éstos se han ido construyendo sobre la base de ciertas disposiciones convencionales, a partir de la doctrina, de algunas conferencias mundiales (como la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo de El

Cairo, en 1994, o la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas, en Pekín en 1995), del trabajo de organismos internacionales, tales como la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización Panamericana de la Salud (OPS) o los diversos comités de vigilancia de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas. Asimismo, por medio de algunas decisiones nacionales que han proyectado sus efectos más allá de las fronteras respectivas, e incluso, a partir del trabajo de actores no estatales en instrumentos que pueden ser considerados como de *soft law*, es decir, no vinculantes directamente. Informó que en todos los casos, en general, el trabajo a favor de la configuración de estos derechos ha ido muy ligado a la sexualidad de mujeres y al control de natalidad, especialmente en una primera etapa.

Adujo que si bien se suelen mencionar en forma conjunta los "derechos sexuales y reproductivos" y se puede entender que ambas categorías se fundamentan en la igualdad, autodeterminación y dignidad humana, es riguroso hacer la distinción ya que si bien ambos han tenido mayor impacto diferenciado en las mujeres, lo cierto es que este impacto ha sido aun mayor cuando se trata de los derechos reproductivos.

Hizo presente que según indica una autora, "...los derechos sexuales reconocen y protegen la facultad de todas las personas de tomar decisiones libres sobre su sexualidad, permiten la búsqueda del placer sexual (poder) y otorgan todos aquellos recursos necesarios para hacer efectivas estas facultadas en forma segura (recursos)", mientras que "los derechos reproductivos reconocen y protegen la facultad de todas las decisiones libres sobre la posibilidad de procrear (poder) y otorgan todos aquellos recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación en forma segura (recursos)". Agregó que en esta óptica conceptual, es posible apreciar cómo poder y recursos son indispensables en la configuración de estos derechos como derechos humanos, debiendo compartir entonces la ventaja de que sean configurados en positivo y no en negativo, como derechos a no hacer o a no gozar de algo.

Apuntó que la Asociación Mundial de Sexología (WAS, por su sigla en inglés, World Association for Sexual Health, antes llamada World Association for Sexology), a través fundamentalmente de los congresos mundiales de sexología, ha venido contribuyendo a la conceptualización de estos derechos, particularmente con el de Valencia, España, en 1997, y el de Hong Kong, China, en 1999.

Consignó que el primero de los mencionados, celebrado el 29 de junio de 1997, ya en su título daba cuenta del fin que se perseguía: "XIII Congreso Mundial de Sexología, Sexualidad y Derechos Humanos". Indicó que bajo esa premisa, que liga sexualidad y derechos humanos, se adoptó la "Declaración de Valencia", que manifiesta de forma categórica que la sexualidad humana es dinámica y cambiante, se construye

continuamente por la mutua interacción del individuo y las estructuras sociales, está presente en todas las épocas de la vida como fuerza integradora de la identidad y contribuye a fortalecer y/o producir vínculos interpersonales. Además, esta declaración establece que el placer sexual, incluyendo el autoerotismo, es fuente de bienestar físico, psíquico, intelectual y espiritual y es parte de una sexualidad libre de conflictos y angustia, promotora del desarrollo personal y social.

Explicó que sobre esas bases, en esa oportunidad se propuso que la sociedad creara las condiciones dignas donde se puedan satisfacer las necesidades para el desarrollo integral de la persona y el respeto a una serie de atributos de nuestra condición humana que no dudan en calificar de "derechos sexuales" y que tienen el carácter de inalienables, inviolables e insustituibles.

Sostuvo que tales derechos serían los siguientes: el derecho a la libertad, que excluye todas las formas de coerción, explotación y abusos sexuales en cualquier momento de la vida y en toda condición, constituyendo la lucha contra la violencia una prioridad; el derecho a la autonomía, integridad y seguridad corporal, que abarca el control y disfrute del propio cuerpo, libre de torturas, mutilaciones y violencias de toda índole; el derecho a la igualdad sexual, que se refiere a estar libre de todas las formas de discriminación e implica respeto a la multiplicidad y diversidad de las formas de expresión de la sexualidad humana, sea cual fuere el sexo, género, edad, etnia, clase social, religión y orientación sexual a la que se pertenece; el derecho a la salud sexual, que incluye la disponibilidad de recursos suficientes para el desarrollo de la investigación y conocimientos necesarios para su promoción, haciendo expresa mención a que el SIDA y las enfermedades de transmisión sexual requieren de más recursos para su diagnóstico, investigación y tratamiento; el derecho a la información amplia, objetiva y verídica sobre la sexualidad humana, que permita tomar decisiones respecto a la propia vida sexual; el derecho a una educación sexual integral desde el nacimiento y a lo largo de toda la vida, como proceso en que deben intervenir todas las instituciones sociales; el derecho a la libre asociación, que significa la posibilidad de contraer o no matrimonio, de disolver dicha unión y de establecer otras formas de convivencia sexual; el derecho a la decisión reproductiva libre y responsable, es decir, a tener o no hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el acceso a las formas de regular la fecundidad consagrando que el niño tiene derecho a ser deseado y querido; y, finalmente, el derecho a la vida privada, que implica la capacidad de tomar decisiones autónomas con respecto a la propia vida sexual, dentro de un contexto de ética personal y social, declarando que el ejercicio consciente, racional y satisfactorio de la sexualidad es inviolable e insustituible.

Reseñó que unos años más adelante, esta "Declaración de Derechos Sexuales" fue revisada y aprobada por la

Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, el 26 de agosto de 1999, en el 14° Congreso Mundial de Sexología, celebrado en Hong Kong, República Popular China, quedando acordada para reconocer los siguientes derechos: el derecho a la libertad sexual, consistente en la plena expresión del potencial sexual de los individuos, excluyendo toda forma de coerción, explotación y abusos sexuales en cualquier tiempo y situación de la vida; el derecho a la autonomía, integridad y seguridad sexual del cuerpo, referido a la capacidad de tomar decisiones autónomas sobre la propia vida sexual, dentro del contexto de la ética personal y social; la capacidad de control y disfrute de nuestro propio cuerpo, libre de tortura, mutilación y violencia de cualquier tipo; el derecho a la privacidad sexual, concerniente al derecho de las decisiones y conductas individuales realizadas en el ámbito de la intimidad, siempre y cuando no interfieran en los derechos sexuales de otros; el derecho a la equidad sexual, consagrando la oposición a todas las formas de discriminación, independientemente del sexo, género, orientación sexual, edad, raza, clase social, religión o limitación física o emocional; el derecho al placer sexual, incluyendo el autoerotismo como fuente de bienestar físico, psicológico, intelectual y espiritual; el derecho a la expresión sexual emocional, entendiendo que esta expresión va más allá del placer erótico y los actos sexuales y que todo individuo tiene derecho a expresar su sexualidad a través de la comunicación, el contacto, la expresión emocional y el amor; el derecho a la libre asociación sexual, referido a la posibilidad de contraer o no matrimonio, de divorciarse y de establecer otros tipos de asociaciones sexuales responsables; el derecho a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables, abarcando el derecho a decidir tener o no hijos, el número y el espacio entre cada uno, y el derecho al acceso pleno a los métodos de regulación de la fecundidad; el derecho a la información basada en el conocimiento científico, lo que supone que la información sexual debe ser generada a través de la investigación científica libre y ética, abarcando el derecho a la difusión apropiada en todos los niveles sociales, y el derecho a la educación sexual integral, comprendiendo que este es un proceso que se inicia con el nacimiento y dura toda la vida y que debería involucrar a todas las instituciones sociales.

Enfatizó que este interesante trabajo realizado desde la sociedad civil permite sentar algunas premisas que pueden tenerse en vista en los discursos que abordan la sexualidad humana con enfoque de derechos, ideas que son indispensables y esenciales como base para el reconocimiento eficaz de los derechos sexuales y reproductivos.

Indicó que éstas serían la consideración de la sexualidad como una parte integral de la personalidad de todo ser humano; el reconocimiento de que la sexualidad se construye a través de la interacción entre el individuo y las estructuras sociales; la constatación de que el desarrollo pleno de la sexualidad depende de la satisfacción de necesidades humanas básicas, como el deseo de contacto, la intimidad emocional, el placer, la ternura y el amor, y que este desarrollo pleno de la

sexualidad es esencial para el bienestar individual, interpersonal y social. Asimismo, se cuenta el reconocimiento de que los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la dignidad, la libertad y la igualdad de todos los seres humanos y que deben ser reconocidos, promovidos, respetados y defendidos por todas las sociedades.

Aclaró que no obstante provenir del mundo científico, no es menor su consideración ya que esta Declaración de Derechos Sexuales ha sido a veces mencionada en la institucionalidad formal del ámbito internacional que se preocupa de la salud sexual y reproductiva, como es el caso de la Organización Panamericana de la Salud. En efecto, informó que la oficina regional de la OMS resulta una de las organizaciones a nivel internacional que asume una idea amplia de la sexualidad como marco conceptual y refiere esta construcción respecto de los jóvenes justamente invocando el trabajo que ha hecho WAS (World Association for Sexual Health) por medio del instrumento comentado.

Recalcó que, en esa lógica, ha dicho que "...la región necesita un nuevo marco conceptual que se aproxime a la salud sexual y el desarrollo de los adolescentes, dentro de un enfoque más amplio de desarrollo humano y promoción de la salud. Manifestó que la salud se reconoce universalmente como un derecho fundamental del ser humano y la salud sexual como un componente integral de la salud en general. Por lo tanto, la salud sexual y reproductiva, incluyendo la de los adolescentes y jóvenes, es un derecho humano que incluye el derecho a la integridad sexual, a la seguridad sexual del cuerpo, a la privacidad, a la igualdad, al amor, a la expresión, al derecho a elegir, a la educación y al acceso a la atención de salud. Precisó que el concepto de derechos sexuales es reconocido y apoyado por varias conferencias mundiales, como la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (1994, El Cairo), la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres (1995, Beijing), la Conferencia Mundial de Derechos Humanos y la Asociación Mundial de la Declaración de Sexualidad y Derechos Sexuales (XIII Congreso Mundial de Sexología, Valencia, España, 1997)...".

Expresó que, por otra parte, tal como indica la OMS, la Conferencia de El Cairo sobre Población y Desarrollo celebrada en 1994, constituye sin duda un punto relevante en la conceptualización y evolución de los derechos sexuales y reproductivos, si bien la primera referencia se encuentra unos años antes. Indicó que en el programa de acción se definió la salud reproductiva y se configuró un concepto de derechos reproductivos, relacionándolos con el derecho de las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre ellos; a disponer de información y medios para ejercer esa decisión; a alcanzar el más alto nivel de salud sexual y reproductiva, y a tomar decisiones relativas a la reproducción, sin discriminación, coacción ni violencia.

Declaró que de acuerdo a la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, "los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva". Sostuvo que adoptando un concepto amplio e integral de salud sexual y reproductiva, se señaló que: "La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Añadió que esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y de la mujer a obtener información y planificar una familia a su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y el acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables; el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y que den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos". Además, según el programa de acción de la conferencia, deberían proporcionarse técnicas de fecundación in vitro, de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas.

Recordó que un año después, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres celebrada en Pekín, los Estados se comprometieron a "garantizar la igualdad de acceso y la igualdad de trato de hombres y mujeres en (...) la atención de salud y promover la salud sexual y reproductiva". Hizo presente que en la plataforma de acción, aprobada conjuntamente con la declaración, se definió la atención de la salud reproductiva como "el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo, al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva", es decir, en lo general se repite la idea pero esta vez ligada al derecho de las mujeres a tener control sobre su sexualidad y la reproducción, lo que va marcando el inicio de una evolución que llega en estos días a la vinculación de estos derechos con los objetivos de desarrollo del milenio y el discurso de los llamados "derechos humanos emergentes".

Agregó que los cuidados que requiere la salud reproductiva de las mujeres fueron considerados como parte de los objetivos de desarrollo en la Cumbre del Milenio del año 2000 y fueron puestos de

relieve en el marco de su reconfiguración hacia los nuevos objetivos de desarrollo sustentable, adoptados en agosto y acordados formalmente en septiembre de 2015. Agregó que el quinto objetivo del milenio, consistente en mejorar la salud materna, tuvo como una de sus metas para 2015 lograr el acceso universal a la salud reproductiva, apareciendo nuevamente la igualdad de género y la salud materna y dentro de los 17 temas de la nueva agenda mundial de desarrollo sustentable.

Expuso que, por otra parte, la llamada "Declaración de Derechos Humanos Emergentes", nacida desde la sociedad civil global a inicios del siglo XXI, en su discurso toma al género como uno de los principios que le interesa remarcar, buscando el posicionamiento de los derechos de las mujeres, revindicando la diversidad sexual y la nueva dimensión del género desde la masculinidad y llamando a considerar como un derecho humano emergente para el siglo XXI a la salud reproductiva y el goce pleno de la sexualidad. Hizo notar que si bien reconoce el valor e importancia de la Declaración Universal de 1948 y ratifica sus postulados, apela a esta nueva mirada con el fin de complementar y reforzar el discurso estatal formal de derechos humanos.

En resumen, aclaró que todo este desarrollo y lo que ha producido la Organización Mundial de la Salud a través de sus reuniones y publicaciones, permiten entender claramente que los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos.

Entre ellos, precisó, y a modo de síntesis, se incluye el derecho al mayor estándar posible en salud en relación con la sexualidad, lo que contempla el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva; a buscar, recibir e impartir información sobre la sexualidad; la educación sexual; el respeto por la integridad corporal; la elección de pareja; el decidir ser o no ser sexualmente activo; las relaciones sexuales consensuadas; el matrimonio consensuado; el decidir tener o no tener y cuándo tener hijos y el ejercer una vida sexual satisfactoria, segura y placentera.

1.2. El reconocimiento normativo y jurisprudencial de los derechos sexuales y reproductivos en el ordenamiento internacional de derechos humanos, con una mirada sobre el aborto.

1.2.1. Los derechos sexuales y reproductivos en los tratados universales y regionales.

Connotó que si bien no hay instrumentos vinculantes expresamente referidos a tales derechos con ese nombre, se pueden entender comprendidos en tratados relacionados a determinadas materias -principalmente derechos de las mujeres- o a otros derechos sí reconocidos en diversos tratados generales de derechos humanos, como la

libertad personal, la vida privada y familiar, o la prohibición de la tortura, norma que tiene además el carácter de regla consuetudinaria de *ius cogens*.

Manifestó que encontramos claras referencias a estos derechos -en especial a los de carácter reproductivo- en la Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer de 1979 (conocida como CEDAW, por su sigla en inglés) y en un tratado regional, que es el Protocolo Adicional a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos relativo a los Derechos de la Mujer de 2003 (conocido como Protocolo de Maputo).

Informó que la primera de estas convenciones, perteneciente al sistema universal, establece obligaciones específicas en materia de derechos reproductivos, con énfasis en la eliminación de la discriminación de algunos grupos particulares de mujeres, en asegurar la igualdad entre hombres y mujeres y en modificar los patrones socioculturales de conducta basados en la inferioridad o superioridad o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres, tema central para las mujeres a la hora del abordaje de cuestiones como la maternidad o la autonomía sobre el cuerpo.

Añadió que su alcance ha sido desarrollado por el comité de la citada convención, principalmente por medio de sus comentarios o recomendaciones generales, como la N° 24, referida a la mujer y la salud. Sostuvo que de esta observación general de 1999, en lo que interesa a esta exposición debe destacarse que es la primera que hace un llamado a los Estados a despenalizar el aborto, en el marco de la educación sexual y la prevención de embarazos no deseados. Resaltó la recomendación general N° 30 del mismo órgano, que en 2013, en relación a situaciones de conflicto, se refirió al embarazo como un derecho de la mujer, con el derecho de terminarlo o continuarlo a su voluntad. En relación al término, señala que se recomienda a los Estados que garanticen que los servicios de atención de salud sexual y reproductiva incorporen el acceso a información en materia de salud y derechos sexuales y reproductivos, con referencias claras a los servicios de aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, entre otros. En cuanto al derecho a continuar el embarazo, sostiene que los abortos forzados (como los embarazos o la esterilización forzados) en situaciones de conflicto vulneran numerosos derechos de las mujeres y deben ser prevenidos, investigados y sancionados.

Consignó que el segundo es un texto vinculante del sistema africano de protección de derechos, que podría considerarse bastante progresista al indicar expresamente que los Estados partes deben tomar todas las medidas que resulten necesarias para proteger los derechos reproductivos de las mujeres a través de la autorización del aborto médico en casos de asalto sexual, violación, incesto y donde el embarazo pone en peligro la salud mental o física de la madre o la vida de ella o del feto.

Destacó que es el único texto vinculante que expresamente se refiere al aborto como derecho humano. En el artículo 14.2 c), considera como obligaciones de los Estados partes: "Proteger los derechos reproductivos de las mujeres, autorizando el aborto médico en casos de violencia sexual, violación, incesto, y siempre que el desarrollo del embarazo suponga un riesgo para la salud mental y/o física de la madre o la vida de la madre o del feto" (traducción propia).

Ahora bien, desarrollando éstas y otras normas convencionales, aseveró que los comités de vigilancia de los tratados del sistema universal han dado una comprensión amplia al derecho a la salud, al derecho a la integridad psíquica y física y al derecho a no ser torturado ni sometido a trato cruel, inhumano y degradante, lo que lleva a la comprensión de la existencia de derechos sexuales y reproductivos en los marcos convencionales vigentes. Tal es el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966; del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, y de la Convención contra la tortura y todo trato cruel, inhumano y degradante, de 1984.

Agregó que, además de las ya citadas recomendaciones generales N° 24 y N° 30 del comité que vigila la Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, un aporte notable como instrumento de interpretación lo hace la Observación General N° 28 del Comité de Derechos Humanos, que vigila el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se refiere a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. En este instrumento se hace una relación entre la interrupción del embarazo y varios de los derechos que reconoce el texto, tales como el derecho a la vida y la protección de la vida privada. En el primer caso, es decir en relación a la vida de la mujer, pide a los Estados que entreguen información sobre las medidas que hayan adoptado para ayudarla a prevenir embarazos no deseados y para que no tengan que recurrir a abortos clandestinos que pongan en peligro su vida. Hizo presente que sobre la vida privada, establece que los Estados vulneran el tratado cuando imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos.

Consideró, enseguida, que resulta interesante apuntar que en la Observación General en que se refiere al derecho a la vida no hay ninguna referencia que permita concluir que se entiende extendido este derecho al no nacido, cuestión relevante cuando se entra a la discusión de la interrupción voluntaria del embarazo desde el lenguaje de los derechos humanos, al pretender a veces hacer aparecer una colisión entre el "derecho a la vida" del no nacido y los derechos de la mujer. Estimó que esta línea argumental, en todo caso, quedó superada en favor de los derechos de las mujeres, por el sistema interamericano -al que pertenece Chile-, como lo explicará más adelante.

Informó que acerca de otros tratados también encontramos las Recomendaciones Generales N° 14 y N° 16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, referidas respectivamente al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y al derecho igualitario entre hombres y mujeres al disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales. Agregó que lo propio ha hecho el Comité contra la tortura, al señalar que la violencia sexual puede constituir tortura tanto dentro como fuera de los conflictos armados.

Expuso que efectuado un breve repaso sobre los estándares universales que el derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado en el tema marco de los derechos sexuales y reproductivos y el aborto, y pensando en el caso chileno y en el derecho internacional que más directamente nos obliga, es preciso ser conscientes de que el principal texto -la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969- nada dice de manera expresa ni sobre derechos reproductivos ni menos sobre aborto.

Connotó que, no obstante, a propósito de un caso litigioso sí ha dado su interpretación a las normas del citado texto, en las que desde ya antes podía entenderse incluida la discursiva de los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos: la dignidad, la autonomía, la libertad, la no discriminación y la protección de la familia.

Señaló que por la importancia de esta jurisprudencia y la vocación a que aspira el sistema interamericano desde la interpretación de los artículos 1°, 2° y 29° del mismo texto, parece necesario hacer una referencia a ella.

1.2.2. Jurisprudencia interamericana en materia de derechos sexuales y reproductivos. El impacto progresista del Caso Artavia Murillo contra Costa Rica, frente al pretendido debate entre derechos de las mujeres y "derecho a la vida" del no nacido.

Consignó que no obstante el notable avance en la conceptualización de los derechos sexuales y reproductivos del que se ha hecho resumen en los párrafos anteriores, incidiendo así en la comprensión sobre su contenido y alcance para los Estados, su judicialización en casos de vulneraciones vinculadas a la interrupción del embarazo no ha sido un tema fácil ni en los niveles domésticos ni en el nivel internacional comparado.

Reseñó que en el ámbito internacional interamericano hay un caso que puede ser considerado el más relevante en relación a la materia, derivado del trabajo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata del Caso Artavia Murillo contra Costa Rica, de 2012.

Aclaró que si bien éste no es el único pronunciamiento de los órganos del sistema interamericano en materia de derechos sexuales y reproductivos, sí reviste la mayor importancia por la reconceptualización notable que se hace de la vida privada, la libertad personal, la no discriminación y otros derechos en relación con la salud sexual y reproductiva y por la interpretación que atribuye al artículo 4.1 de la Convención Americana, afirmando la protección gradual e incremental para el no nacido, al que no se considera persona, cuestión de la mayor centralidad cuando se habla de interrupción del embarazo. De esta manera, no siendo estrictamente un caso vinculado a la interrupción del embarazo -sino más bien a otras facetas de los derechos reproductivos-, marca el estándar americano vigente en el tema.

Agregó que, en efecto, el Caso Artavia Murillo se relaciona con los efectos de la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica de 15 de marzo de 2000, mediante la cual se declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 24.029-S, en el que se regulaba la técnica de fecundación in vitro (FIV). Esta sentencia implicó que se prohibiera dicho tratamiento en ese país y, en concreto, significó para las víctimas la violación de algunos derechos humanos al tener que interrumpir sus tratamientos o viajar al extranjero para poder cumplir con su deseo de ser padres y madres biológicamente.

Enfatizó que, entre otros aspectos, se alegó que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia por parte de las parejas que demandaron al Estado. Asimismo, se alegó que la prohibición implicó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas en tanto el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijos biológicos. Además, se alegó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres.

Relató que por sentencia de 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por cinco votos a favor y uno en contra, declaró internacionalmente responsable a Costa Rica por violar los derechos a la vida privada y familiar, a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, así como el principio de no discriminación, contenidos en los artículos 5.1., 7, 11.2, 17.2, en relación con el artículo 1.1 sobre la obligación de respetar los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

Dispuso la Corte que la sentencia constituía *per se* una forma de reparación y que el Estado debía adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quedara sin efecto la

prohibición de practicar la fertilización in vitro y para que las personas que desearan hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida pudieran hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la misma sentencia.

Asimismo, ordenó informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto para hacer efectivo el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, fueran medidas legislativas o evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen. También decretó que el Estado debía regular, a la brevedad, los aspectos que considerara necesarios para la implementación de la fertilización in vitro, teniendo en cuenta los principios establecidos en la misma sentencia, debiendo establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida e informando anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas.

Además, a partir de la sentencia el Estado debe incluir la disponibilidad de la fertilización in vitro dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación, e informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes los requieran y de los planes diseñados para este efecto, estableciendo sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. Por otra parte, se estableció el deber de brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de las instituciones estatales de salud especializadas; de realizar publicación de la sentencia en el plazo de seis meses contados a partir de la notificación de ella, por una sola vez, en el Diario Oficial La Gaceta y en otros dos periódicos de amplia circulación; e implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, con mecanismos de divulgación en salud reproductiva, determinando el Estado el destino de los recursos financieros escasos con que cuenta el sistema de salud.

Afirmó que la sentencia del Caso Artavia ha marcado un antes y un después en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos y en el desarrollo de la causa de los derechos reproductivos de mujeres y hombres.

Para algunos, dijo, es un fallo ejemplificador y un avance sostenido en materia de derechos sexuales y reproductivos. Para otros, el fallo muestra el exceso de atribuciones que ha tomado la Corte de

cara a su idea de crear estándares continentales, casi olvidando la deferencia nacional que se debería a los Estados en algunos temas. Afirmó que esta diferente mirada tiene su anclaje en la reconceptualización notable que hace la sentencia de la vida privada, la libertad personal, la no discriminación y otros derechos, en relación con la salud sexual y reproductiva y, evidentemente, por la interpretación que atribuye la Corte Interamericana al ya citado artículo 4.1.

Hablando estrictamente desde el derecho internacional, sostuvo que esta sentencia es un ejemplo sobre los problemas que presenta la variedad infinita de manifestaciones que tiene este derecho -recordando un artículo de Baxter- al poner en evidencia que la Corte viene usando una enorme cantidad de instrumentos en el contexto de sus reglas de interpretación, tales como sentencias de otros tribunales internacionales, fallos de tribunales nacionales y documentos de *soft law*, muchas veces casi como argumentos de autoridad.

Añadió que, sin embargo, en lo que acá interesa y más allá de los problemas que el fallo ofrece a los interesados en el derecho internacional, desde la lógica del sistema de creación de fuentes y las reglas de interpretación de normas internacionales -tema que excedería los propósitos de esta exposición-, las nuevas comprensiones conceptuales vinculadas a los derechos sexuales y reproductivos merecen ser tenidas a la vista, al igual que la no consideración del *nasciturus* como persona y, por tanto, titular del derecho a la vida que protege el Pacto de San José de Costa Rica.

Explicó que, en primer lugar, sobre el alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar, va a decir la Corte que los derechos reproductivos de las personas entran en este ámbito, haciendo a propósito de esto una referencia al trabajo del Comité de Derechos Humanos. En efecto, se valdrá la Corte de la Observación General N° 19 (1990), relativa al artículo 23, sobre la familia, para este punto. En su párrafo 5°, esta Observación General indica que "El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos.".

Luego agrega que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho, haciendo una interpretación sistémica con la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que en su artículo 16 letra e) establece que las mujeres gozan del derecho "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos". Entiende así que este derecho es vulnerado cuando se

obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. De esta manera, la protección a la vida privada comprende el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.

Un punto que le pareció necesario destacar es la comprensión amplia que hace la Corte sobre el derecho a la vida privada. Va a considerar la Corte que la salud reproductiva implica además los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables. Dijo que tal vez la conclusión más relevante en este punto sea que establece que el derecho a la vida privada va más allá de la privacidad. En efecto, abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales, incluyendo el derecho a la autonomía personal, el desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. Afirma así que la vida privada incluye la manera en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, siendo una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. En el caso de las mujeres, reitera que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad, considerando que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluyendo la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.

Consideró que la sentencia es entonces un avance sustantivo notable en la forma de comprender la libertad y la autonomía personal de las personas, especialmente de las mujeres, lo que ha permitido un espacio de justiciabilidad que no habían logrado los derechos sexuales y reproductivos. Ello, añadió, es especialmente relevante de cara a la doctrina del "control de convencionalidad". Contamos ahora con una nueva comprensión, un nuevo estándar para los Estados, al modo de lo que ha sido el caso Atala en materia de discriminación por orientación sexual. Además, entra a la consideración de lo que son las discriminaciones indirectas o por resultados desde un enfoque de género, discapacidad y condición socio-económica, cuestiones todas de la mayor centralidad en el discurso contemporáneo y emergente de los derechos.

Continuó exponiendo que el segundo aspecto que vale destacar de esta sentencia para los fines de esta exposición, es la comprensión del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según la cual "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.".

Afirmó que en lo que es relevante, lo primero que hay que remarcar es que hasta el momento de esta sentencia la jurisprudencia de la Corte no se había pronunciado sobre el sentido de la frase "...en general, a partir del momento de la concepción" en controversias como la del caso. En tanto, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los Estados, la Corte había señalado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos, pero no había dado su interpretación de autoridad a esta expresión de la norma.

Añadió que, dado que en el caso promovido contra Costa Rica, este Estado consideró que los alcances del derecho a la vida obligan a efectuar una protección absoluta del embrión en el marco de la inviolabilidad de la vida desde la concepción, para analizar si existe esa obligación de protección absoluta en esos términos, la Corte procedió a analizar el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras "persona", "ser humano", "concepción" y "en general".

Para realizar este análisis, el tribunal va a reiterar su jurisprudencia según la cual una norma de la Convención debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, el cual es la eficaz protección de la persona humana, así como una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. En ese marco, haciendo una interpretación conforme al sentido corriente de los términos, sistemática e histórica, evolutiva y desde el objeto y fin del tratado, llegará a tres conclusiones relevantes a las cuales apuntan como resultado coincidente todos esos métodos de determinación del sentido y alcance de la disposición indicada.

Así, prosiguió exponiendo, la Corte concluye que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Igualmente, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, sostiene que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Finalmente, señala que de las palabras "en general" es posible concluir que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición 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.

Consignó que de los razonamientos que la Corte da cuenta para llegar a estas tres conclusiones parece particularmente importante hacer una breve referencia a la interpretación sistemática y a la evolutiva.

Acerca de la primera, sostuvo que la Corte resalta que las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen. En este sentido, el tribunal ha considerado que "al dar interpretación a un tratado no solo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)", esto es, el derecho internacional de los derechos humanos. Con ello, pone en evidencia la importancia de mirar más allá del sistema interamericano de derechos humanos y sus instrumentos, esto es, hacia el sistema universal y la interpretación de sus tratados por los respectivos comités de vigilancia e incluso a los sistemas europeo y africano y a la jurisprudencia comparada. Con ese acertado razonamiento, llega a la conclusión de que ninguno de los artículos o tratados del derecho internacional de los derechos humanos permite sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4° de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

Por su parte, hizo presente que por medio de la interpretación evolutiva va a fijar el estatus legal del embrión. En efecto, recordando que la misma Corte ha señalado en otras oportunidades que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, defiende esta interpretación evolutiva como consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en su artículo 31 y va a servirse de ésta para dar una visión evolutiva del tratado. Aporta además una justificación aún mayor: la fertilización in vitro es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores adoptaron el contenido del artículo 4.1 de la Convención. Analiza así dos temas en el marco de la interpretación evolutiva: los desarrollos pertinentes en el derecho internacional y comparado respecto al estatus legal del embrión, y las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la mencionada fertilización. La conclusión es categórica en el sentido de que los Estados que regulan la materia no han considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la fertilización in vitro. "En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de

la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.".

Recalcó que dicha frase resume entonces lo que hoy debemos considerar como estándar interamericano en cuanto a la vida prenatal y la protección que le es debida.

2. Algunas reflexiones sobre la consideración de los estándares internacionales en las discusiones legislativas en Chile y el proyecto de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, a modo de conclusión.

Manifestó que el artículo 1° de la Constitución Política de la República de 1980 establece desde 1999, con la reforma constitucional de la ley N° 19.611, que "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Más adelante en el texto, el artículo 19 se encarga de garantizar en el numeral 2° que hombres y mujeres son iguales ante la ley, norma introducida en el año 1999, bajo el gobierno democrático de Eduardo Frei Ruiz-Tagle. Por su parte, el artículo 5° del texto constitucional vigente -en la interpretación más garantista que podemos hacer del mismo luego de la reforma constitucional de la ley N° 18.825, en el año 1989-, pese a ser una norma de reenvío imperfecta en técnica legislativa, permite incorporar los derechos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes al bloque constitucional de estos atributos. Además, nos obligaría -bajo la "amenaza" de un posible control de convencionalidad de los órganos del sistema interamericano- a considerar los estándares internacionales de derechos humanos.

Sostuvo que si a estas ideas adicionamos los principios pro persona, de progresividad y de interdependencia entre el derecho internacional y los derechos domésticos, los compromisos internacionales de carácter jurídico y político asumidos por Chile y la circunstancia de que el texto constitucional de 1980 no es claro sobre la condición de persona del que está por nacer (correspondiendo en esta parte, por cierto, a una norma de rango constitucional aprobada bajo un régimen no democrático), el tema de los derechos sexuales y reproductivos y la posibilidad de una mujer para interrumpir un embarazo en determinadas circunstancias no debe analizarse sin considerar los estándares internacionales reseñados en los párrafos anteriores. Añadió que el reconocimiento de estos estándares internacionales debe ser parte del marco de la discusión legislativo-política en Chile sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

Expresó que bajo ese marco nos situamos en la posición que reconoce que las mujeres son titulares de derechos reproductivos en cuanto derechos fundamentales que son consecuencia de su dignidad, autonomía y libertad, y que sirven en su reconocimiento y

ejercicio para el goce efectivo de otros derechos, tanto civiles (vida privada, libertad, integridad psíquica, entre otros), como sociales (salud, educación, entre otros), no pudiendo la protección que debe darse al no nacido tener un carácter absoluto cuando están en juego esos derechos.

Indicó que tomando este enfoque -el de los derechos sexuales y reproductivos como derechos fundamentales- resulta evidente que la vía de la penalización y prohibición absoluta que actualmente se establece en Chile en esta materia incide negativamente en el ejercicio de otros derechos de mujeres y niñas, tales como la libertad de enseñanza, la libertad de expresión, la integridad física y psíquica o la vida privada, por ejemplo, y es contraria a los estándares contemporáneos y a los consensos existentes a nivel internacional.

En lo práctico, precisó que la adopción de este enfoque para enmarcar la discusión legislativa supone entonces considerar dos presupuestos. El primero, reconocer a las mujeres -real y no formalmente- como titulares de derechos reproductivos y la influencia de ellos en el ejercicio pleno de otros derechos. El segundo, adoptar la posición que ha mandatado la Corte Interamericana sobre el estatus del no nacido, considerándolo como digno de protección "gradual e incremental" pero no persona, en el sentido que los textos internacionales de derechos humanos entregan al titular de los derechos llamados "humanos" que son las personas y, por tanto, no titular del "derecho a la vida" o de otros derechos, desde el lenguaje normativo internacional.

Adelantó que en esta línea de pensamiento es el segundo presupuesto el que genera mayores controversias en Chile. Desde un punto de vista general, sostuvo que se tiende a plantear la cuestión de la despenalización como una dicotomía o debate entre los derechos de las mujeres y los derechos del no nacido, como si se tratara de iguales. Destacó que en forma adicional, se busca revestir esta posición ideológica de legalidad y constitucionalidad a partir de determinadas normas del ordenamiento jurídico nacional. La principal, sin duda, es aquella de rango constitucional que señala que "La ley protege la vida del que está por nacer", a la cual se le ha pretendido dar una interpretación que acoja el planteamiento de un eventual "derecho a la vida" o estatus de "persona" al no nacido. Rechazó esa interpretación porque elude elementos relevantes, uno de los cuales es que la norma fue adoptada en el marco de un régimen no democrático, cuestión que estimó no menor para lo que se apuntará luego. Otro elemento es que esa interpretación y entendimiento del no nacido como "persona" no es coherente con el tratamiento diferenciado que la ley chilena da a la persona y al no nacido. Así, por ejemplo, en materia penal se sancionan de forma diferente el homicidio del aborto, esto es, en títulos separados y no considerando al aborto como un ilícito contra las "personas". Lo mismo ocurre en materia civil, al considerar derechos patrimoniales para el que va a nacer y que serán deferidos para cuando nazca. Destacó que si

se leen con detención las disposiciones legales que se refieren al no nacido, se verá que no se usa en ellas la expresión "persona". Por ejemplo, los artículos 74, 77 y 1390 del Código Civil.

Agregó que el sentido, entonces, es el que resulta coherente con el estándar internacional. No es persona y por tanto no tiene "derecho a la vida" en el sentido que sí lo tienen las personas, las y los que han nacido, cualquiera sea su condición. Sí es digno de protección al ser una potencialidad de persona humana, no siendo en todo caso absoluta esta protección y sin que alcance para restringir derechos de las mujeres que sí son personas en todo el sentido de la expresión (moral, ético, biológico y normativo), en función de un valor que sería abstracto en una perspectiva comparada.

Enfatizó que la criatura no nacida y la mujer que la lleva en su vientre no son iguales. Por ello, si están en juego los derechos esenciales de las mujeres, es a ellas a quienes debe darse la primera protección. Este entendimiento, que supone además -como se dijo- asumir que el no nacido sí debe ser protegido en situaciones de normalidad para el ejercicio de los derechos de la mujer gestante -por su potencialidad de llegar a ser una persona-, aparta inmediatamente las voces que buscan crear una especie de ideologización del debate, pretendiendo que unos están "a favor de la vida" y otros "en contra de la vida" en relación al proyecto de ley que se discute en el Congreso Nacional desde enero de 2015. En efecto, como ya apunta fundadamente la sentencia Artavia Murillo, el no nacido debe ser protegido -y ese es el sentido de la frase "en general desde el momento de la concepción", pero ello no significa considerarlo persona. Recalcó que es una potencialidad de vida, no una persona.

Acotó que si a esta comprensión sumamos 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, es definitivamente innegable que al legislar hay que tener en cuenta el ordenamiento internacional y su interpretación.

Expresó que frente a esta cuestión, no puede eludirse que es una doctrina aún resentida por varios autores. Indicó que, resumidamente, se puede entender que la crítica apunta a la tensión que provoca entre el margen de apreciación, la deferencia nacional debida y la legitimidad democrática de los Estados. En buena medida y simplificando la línea argumental, se puede afirmar que ello se debe a que si bien se entiende que hay amplio consenso entre los Estados en varios aspectos del discurso normativo de los derechos humanos (como el carácter universal o el contenido de ciertos derechos, como la prohibición de la tortura, de la esclavitud o de la discriminación racial), también existe un pluralismo jurídico normativo e interpretativo en materia de derechos que debe ser reconocido.

Es ahí, destacó, y en las notables diferencias que todavía subsisten en ciertos temas (entre ellos, por cierto, los derechos sexuales y reproductivos) donde la Corte continental parece querer entrar sin respetar que cada Estado es el que está en mejor pie para decidir.

Apuntó que como la Corte ha ido ampliando notablemente el entendimiento e interpretación de los derechos que los Estados deben garantizar utilizando instrumentos que no son realmente parte del sistema interamericano, sea porque no tienen el carácter de tratado (el caso del *soft law*), sea porque se trata de acuerdos internacionales no vigentes para los Estados partes, o sea porque invoca sentencias de tribunales nacionales o de otros tribunales internacionales, es fácil entender las inquietudes que provoca. ¿Qué pasa con las reglas del juego y lo que se pactó en el momento de la suscripción del acuerdo? ¿Qué pasa con la deferencia nacional debida a ciertos temas, entre ellos el aborto? ¿Qué valor atribuye en verdad la Corte a fuentes no vinculantes en el marco de las reglas de interpretación que aplica? ¿No hay una extensión desmedida de la autoridad de la Corte por vía del control de convencionalidad, sin suficiente fundamento normativo?

Señaló que frente a estas inquietudes, es posible encontrar respuestas en el propio derecho internacional de los derechos humanos.

Agregó que por de pronto hay que apuntar que existe un marco normativo para el control de convencionalidad, dado por la propia Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual Chile es parte. Viene dado por los artículos 1°, que establece los deberes de respeto y garantía de los derechos humanos a cargo de los Estados; 2°, que obliga a los Estados a ajustar su derecho interno a las disposiciones de la convención, y 29, que establece reglas de interpretación y aplicación de la convención.

Además, expuso que el desarrollo del control de convencionalidad se ha dado a propósito de casos contra Chile y es a nuestro país a que han mandatado para mirar la interpretación que la Corte Interamericana hace de las normas del Pacto de San José de Costa Rica en sendas sentencias internacionales que nos obligan.

Y si esa forma de interpretar aún parece cuestionable para algunos, continuó razonando, hay que precisar que la Corte no aplica directamente instrumentos internacionales no vinculantes ni crea nuevos derechos a partir de obligaciones no existentes. Lo que hace es, justamente al amparo del mandato convencional de las reglas del Pacto de San José de Costa Rica y de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados celebrados entre Estados, utilizar diversos elementos de interpretación de las normas convencionales que sí puede aplicar en virtud

del consentimiento de los Estados a esos dos textos que deben ser respetados por los principios de buena fe y el *pacta sunt servanda*. Con ello se avanza en la justiciabilidad de los derechos y se responde a lo que ha dicho una doctrina calificada en la materia: los tratados internacionales de derechos humanos están sujetos a una interpretación propia, que, además, es evolutiva y los considera como "instrumentos vivos". Precisó que el Caso Artavia Murillo es un notable ejemplo de esta tendencia.

Sostuvo que otra manera de entender la labor de la Corte Interamericana deja sin aplicación coherente a la norma constitucional del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución chilena y a la retroalimentación recíproca entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos. Reafirmó que el respeto a la legalidad democrática nos debe llevar a situar esa norma en su aplicación por sobre una disposición claramente más ambigua, como el artículo 19 N° 1, inciso segundo, nacida además bajo un régimen no democrático. Puntualizó que la pretensión de apelar a la "identidad constitucional" nacional y por tanto al "principio democrático" para intentar sustraer de la discusión legislativa los estándares y obligaciones internacionales, cae estrepitosamente cuando hablamos de interrupción voluntaria del embarazo y estatus del no nacido.

Por otra parte y abonando los argumentos normativos, estimó que parece interesante tener en vista que el 22 de octubre de 2015 Chile firmó la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, aún sin vigor internacional, que en el artículo 4 del capítulo III, "Deberes del Estado", establece que los Estados se comprometen a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta convención, todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia, incluyendo: viii. Cualquier restricción discriminatoria del goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales y regionales aplicables y en la jurisprudencia de las cortes internacionales y regionales de derechos humanos, en especial los aplicables a las minorías o grupos en condiciones de vulnerabilidad y sujetos a discriminación. Hizo presente que si bien la firma no produce *per se* la entrada en vigor de este tratado para Chile, hay que tener en cuenta que en virtud del artículo 18 de la Convención de Viena sobre derechos de los tratados celebrados entre Estados, si un Estado ha firmado un tratado debe abstenerse de actos que frustren el objeto y fin del respectivo acuerdo.

Añadió que si se tiene clara conciencia de la histórica situación de vulnerabilidad y desigualdad de las mujeres, tendremos que ser muy conscientes de que la vía de la penalización como forma de proteger la vida prenatal afecta derechos de las mujeres sin lugar a dudas y produce para ellas una discriminación en el goce de derechos, desde la correcta interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre su estatus de no persona y el tiempo en que se aprobaron

en Chile las normas internas que se suelen poner en movimiento en la discusión.

Manifestó que el proyecto de ley -perfectible como toda iniciativa- apunta en la dirección correcta de acuerdo a los estándares internacionales actuales y los compromisos asumidos por el país. No permitiría, entonces, la extensión absoluta de la libertad de las mujeres para llegar a decidir poner fin a un embarazo de término sin causales y centra la cuestión en la vulnerabilidad de ellas en determinadas situaciones concretas. En ese contexto, precisó, debería mantenerse la discusión legislativa.

Ratificó que el proyecto en actual tramitación es coherente de forma directa con compromisos asumidos por el Estado. En ese sentido, es conforme con lo reconocido en el último Examen Periódico Universal ante el Consejo de Derechos Humanos. Informó que en dicho mecanismo de control internacional, Chile rechazó la recomendación de la Santa Sede que instaba a una defensa de la "persona humana desde el momento de la concepción hasta la muerte natural". Enfatizó que el rechazo tuvo por base el ordenamiento jurídico chileno que establece que la existencia legal de toda persona humana principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre, asumiendo trabajar por la despenalización del aborto en solo tres causales . Asimismo, el proyecto y la necesidad de legislar despenalizando responden a las recomendaciones recibidas por el Estado, por ejemplo, del Comité sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, que hace poco nos ha dicho directamente que debemos revisar "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" y realizar "un estudio exhaustivo, con datos estadísticos, de los abortos ilegales y practicados en condiciones de riesgo y de sus consecuencias para la salud y la vida de las mujeres, particularmente cuando se produzcan casos de mortalidad derivada de la maternidad, y considere la posibilidad de utilizar ese estudio como base para adoptar medidas legislativas y en materia de políticas".

Subrayó que por fin, entonces, estamos empezando a hablar en un lenguaje coherente de igualdad entre "personas" en materia de derechos reproductivos, apuntando a poner término a una de las tantas cargas desproporcionadas que deben soportar las mujeres y niñas y cumpliendo con los deberes internacionales asumidos en democracia.

Finalizando su alocución, expresó que no bastará con despenalizar la interrupción del embarazo para mejorar la desigualdad contra las mujeres. Como país, dijo, necesitamos trabajar contra la persistencia de estereotipos anclados en el imaginario social en relación con las funciones y responsabilidades de las mujeres y los hombres en la familia y la sociedad. Al respecto, indicó que en buena medida seguimos afectando las posibilidades de vivir una verdadera igualdad cuando desde el lenguaje,

los medios de comunicación masiva, las redes sociales y los discursos académicos y políticos seguimos atribuyendo roles y clasificando a las personas, a veces incluso con pretensión de mandato ético y moral.

Enseguida, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra a **la profesora de Derecho Constitucional y de Bioética y Persona de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señora Ángela Vivanco.**

La señora Vivanco agradeció la invitación a conversar sobre un tema que consideró de gran relevancia.

Manifestó que es importante contextualizar el proyecto de ley en discusión, porque es una iniciativa que no contiene las disquisiciones ni los comentarios de justificación que se han expuesto precedentemente, sino que evita lo anterior. Recalcó que este proyecto no surge como resultado de la suscripción de una tesis y de la defensa de ella, sino que más bien instala una idea que se buscaba realizar en el modelo legislativo, sin dar cuenta de por qué se llega a dicha decisión.

Indicó que el tema tiene un trasfondo constitucional que no se puede evadir, añadiendo que, por tal razón, en la primera parte de su alocución revisaría las premisas básicas que permiten analizar la constitucionalidad de la iniciativa, en tanto que en la segunda, abordaría el proyecto mismo.

I. Premisas básicas para analizar la constitucionalidad de este proyecto

1.- Hizo presente que la confrontación de la iniciativa en estudio se hace con la Constitución Política que nos rige, sin perjuicio del entorno de tratados internacionales y otras normas, en un país que no tiene incorporación automática de dichos tratados a la Carta Fundamental, que no tiene normativa sobre control de convencionalidad y donde muchas de las sentencias del Tribunal Constitucional aclaran que los señalados instrumentos internacionales no modifican la Carta Fundamental.

2.- Manifestó que la Constitución Política de 1980 contiene en su garantía sobre derecho a la vida (artículo 19, N° 1), dos consideraciones fundamentales: la primera, que ésta se extiende y asegura a todas las personas, no solo a las nacidas, lo cual es un derivado de la dignidad esencial de todo individuo, sin distingos ni condiciones; la segunda, que se mandata expresamente a la ley a proteger la vida del que está por nacer, derecho básico junto con la integridad, que le permitirá luego ejercer los demás derechos de que es titular.

Connotó que cuando el número 1° del artículo 19 habla de la protección de la vida de todas las personas, no hace distingos entre ellas. En efecto, dijo, la oración “La ley protege la vida del que está por nacer” se encuentra en el entorno de la protección de las personas y, en consecuencia, el que se encuentra en dicha situación es persona.

3.- Expresó, enseguida, que la consideración del *nasciturus* como persona digna de protección no es una conclusión puramente doctrinaria, sino que corresponde a la sostenida interpretación efectuada durante toda la vigencia de la Carta Fundamental de 1980, en la cual han participado la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional, la Contraloría General de la República y el propio Senado durante la tramitación de la reforma constitucional de los artículos 1° y 19, N° 2, que se concretó a través de la ley N° 19.611, publicada en el Diario Oficial de 16 de junio de 1999. Indicó que ello queda reflejado en leyes complementarias, como la ley N° 20.120, sobre investigación científica en seres humanos, que prohíbe la destrucción de embriones humanos con fines de experimentación, y en tratados internacionales, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 4.1 establece 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”. Indicó que, a su vez, el artículo 19, N° 1, se refiere a las personas y al derecho a la vida, puntualizando que el modo de proteger el derecho a la vida del nonato tiene que ser mediante la ley.

Recordó, enseguida, que el fallo Artavia Murillo se dicta a propósito del conflicto suscitado entre la legislación de Costa Rica respecto a las técnicas de fecundación asistida -para que no se eliminaran embriones supernumerarios creados en laboratorio- y los derechos que tendrían las personas a poder realizar las mencionadas técnicas en aras de sus derechos sexuales y reproductivos. Sostuvo que, en consecuencia, la progresividad de la que habla el fallo dice relación con cuál es la calificación que se hace de embriones congelados, no anidados. Recalcó que ello no corresponde a la problemática del aborto porque hoy no se está discutiendo qué hacer con embriones de laboratorio, sino qué hacer con la situación de embarazo de la mujer. Además, desde el punto de vista de los márgenes de apreciación, sostuvo que el fallo mencionado rompe diametralmente con la jurisprudencia anterior en que se respetaba el margen de interpretación y de apreciación de los propios Estados en relación con sus garantías constitucionales. Subrayó que la visión que se puede tener del caso chileno debe transitar por la realidad de cuál es la inserción no solo de los tratados, sino que de la interpretación de los mismos.

Manifestó, luego, que se han escrito ríos de tinta respecto al artículo 5° de nuestra Constitución y que, aun así, no se ha logrado la inserción total de los tratados dentro de nuestra Carta Fundamental. Por tal razón, la interpretación que se haga de ellos no

alcanza, en el orden interno, a demandar una interpretación idéntica desde el punto de vista de la Constitución.

Apuntó que la totalidad de la interpretación que se ha hecho sobre la Carta Fundamental ha sido siempre la misma, sin perjuicio de reconocer que no se ha llegado a emitir pronunciamiento de justicia constitucional en un proyecto de aborto, porque estamos ante la única iniciativa que ha seguido adelante su tramitación.

4.- Declaró que si bien el derecho a la vida, como los demás derechos, no es absoluto, goza de la protección del artículo 19, N° 26, en el sentido que la ley dictada para regularlo no puede afectar el derecho en su esencia. Hizo notar que, como es evidente, el aborto no solo afecta la esencia del derecho a la vida, sino que destruye a su titular. Aseveró que en la iniciativa en estudio se prefirió pensar que los bienes que estaban en juego eran inconmensurables y que se opta por la autonomía de la madre antes que por la vida del hijo, sin entrar en debate ni ponderación.

Expresó que esa forma de legislar está jerarquizando los derechos en un ámbito en que ello no se admite, pues lo permitido es ponderar los derechos.

II. El proyecto

Refiriéndose a la iniciativa en estudio, expresó que en el marco anteriormente descrito, ella presenta varias objeciones de constitucionalidad, que explicó en la forma que sigue:

1.- En la perspectiva general, si bien el Mensaje relata como propósito el buscar despenalizar el aborto en tres causales, en realidad lo que efectúa es una verdadera interpretación de la Carta Fundamental sin así declararlo ni evidenciar el quórum necesario, al descartar totalmente los derechos del *nasciturus*, privilegiando la autonomía de la madre, sobre la base de tratarse de “bienes inconmensurables”. Ello, dijo, sin duda importa restar al no nacido de manera drástica su calidad constitucional de persona e incluso de ser humano protegido por la Constitución y la ley.

Hizo presente que el aborto no es un límite ni una restricción del derecho a la vida, sino directamente la privación de ésta, con la clara intención de destruir al que está por nacer. Si el embarazo se interrumpe con un propósito distinto, tal condujcta no requiere despenalización alguna, pues no es punible, lo cual hace que la primera causal del proyecto no requiera tal declaración. Por el contrario, en las otras dos se evidencia la directa voluntad de dar muerte al nasciturus.

Sostuvo que la decisión de despenalizar la interrupción del embarazo en caso de criaturas inviables luego de su nacimiento o producto de la violación de la madre, importa decididamente considerar disponibles sus vidas en contra de la protección constitucional de éstas y, aún más, representa una decidida discriminación de sujetos en gestación cuya muerte se considera aceptable acelerar o provocar, dadas sus condiciones de salud/letalidad o la situación en que fueron concebidos, lo cual infringe abiertamente los números 1 y 2 del artículo 19 de la Constitución.

2.- Explicó que tal atentado no puede justificarse en la pretensión de respetar o considerar la autonomía de la madre, la cual en efecto está garantizada constitucionalmente, pero bajo ningún concepto en términos de abarcar la vida de otro.

Aún más, agregó que si se revisa el proyecto con detención, si bien habla de interrupción “voluntaria” del embarazo, admite la decisión del representante “Si la mujer ha sido declarada incapaz judicialmente por causa de demencia”, “debiendo siempre tener su opinión en consideración, salvo que su incapacidad impida conocerla”, lo cual lleva a que los abortos en tales casos en nada se relacionan con la decisión voluntaria de la mujer, sino con los intereses de un tercero.

Agregó que ello también remarca la posición no neutral del legislador frente a la gestación del hijo de una mujer con severa discapacidad, lo cual afecta también los derechos constitucionales de esta última y aquellos reconocidos en la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificado y vigente en Chile.

3.- Declaró que el que aún vive pero que morirá o respecto del cual existe fuerte posibilidad de que ello suceda, no pierde por tal causa su protección constitucional y su dignidad de ser humano y merece ser cuidado y protegido hasta su desenlace natural. Señaló que el que ha sido gestado como consecuencia de una violación, no es partícipe, culpable o sujeto “contaminado” por el delito y es tan víctima como su madre de la atrocidad cometida. Al ser especialmente vulnerable, la sociedad le debe amparo y no la eliminación. Añadió que los mismos derechos de salvaguarda en su integridad física y psíquica merece su madre, pero tales derechos no pueden mutar en un derecho a disponer de la vida de su hijo.

4.- Finalmente, consideró que el proyecto transforma la figura del aborto despenalizado en una verdadera prestación de salud en la perspectiva del artículo 19, N° 9, de Constitución Política, estableciendo obligaciones personales e institucionales en torno a él, superando con creces la discusión acerca de su despenalización y creando serios conflictos en otros derechos tales como la objeción de conciencia y la

libertad religiosa reconocidas en el artículo 19, N° 6, de la Carta, que se ignoran o parcializan.

Luego, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra a **la profesora e investigadora del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, señora Lidia Casas.**

La señora Casas comenzó su exposición agradeciendo a la Comisión por la invitación a informar este importante proyecto de ley y señalando que focalizaría su presentación en los siguientes puntos de relevancia: 1. La relación de las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos con el marco constitucional; 2. Una interpretación de la Constitución acorde con los derechos humanos de las mujeres, y 3. El alcance de la discusión sobre aborto en el sistema internacional en relación con las tres causales para la interrupción del embarazo que se discuten.

A continuación, pasó a desarrollar los ya señalados tópicos.

1. La relación de las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos con el marco constitucional.

a. Consignó que el sentido de la reforma de 1989 en la incorporación del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, tal como lo sostienen distintos tratadistas de distinto cuño, fue el respeto de los derechos humanos como un límite a la actuación de los órganos del Estado y a los tratados que deben iluminar todo el ordenamiento jurídico no solo en su fase negativa de no violarlos, sino positiva de respetarlos además de promoverlos. Agregó que, en este sentido, la nómina de derechos del artículo 19 de la Carta Fundamental no es un listado taxativo, sino que trae a colación todos los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos.

b. Hizo presente que algunos autores y particularmente Humberto Nogueira, se han referido al bloque constitucional de derechos fundamentales, señalando al efecto que se trata de la integración de los derechos en el derecho internacional convencional de derechos humanos como un listado que vigoriza aún más aquellos derechos fundamentales contenidos en el artículo 19 de la Constitución Política de la República. Al efecto, el profesor Nogueira sostiene que este "bloque constitucional de derechos fundamentales en Chile está constituido por los atributos y garantías de los derechos esenciales o fundamentales, asegurados directamente por la Constitución y por las normas de reenvío expresa y directamente establecidas por ella y que remiten al Derecho

Internacional convencional, constituyendo así un bloque de derechos que tienen una unidad indisoluble..." Expresa, por ejemplo, que tanto los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos son parte de este bloque. Se refiere, a su vez, a la existencia de un *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en otra de sus obras alude al *ius commune* latinoamericano

c. Indicó que, así, no podría dejar de considerarse que cualquier debate sobre esta materia y la forma en que lo ha expresado el Ejecutivo tiene directa relación con los derechos fundamentales de las mujeres reconocidos en todos los tratados internacionales de derechos humanos. Además, debe ser entendido cómo aquello se vincula con el artículo 20 letra (b) de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre interpretación de los tratados, además de los artículos 1 y 2 de la misma Convención.

d. Sin perjuicio de todo ello, reiteró la pregunta sobre cuál fue el sentido de la incorporación de la reforma de 1989, que incluyó los tratados de derechos humanos. Se respondió que fue y es la invitación expresa a leer el texto constitucional en forma consistente con las obligaciones internacionales.

2. Una interpretación de la Constitución y la legislación conforme a los derechos humanos de las mujeres.

a. En este contexto, dijo que el proyecto de ley responde a tres causales que ponen de relieve que a los individuos, a las personas, no se les puede exigir conductas supererogatorias, es decir, conductas heroicas que no son exigibles legalmente, no obstante que puedan ser deseables desde el punto de vista moral para algunos, como pedirle a una persona que sea donante de sangre cuando el grupo sanguíneo es raro y difícil de encontrar y permita que alguien pueda salvar su vida. Se puede esperar esta conducta, aclaró, pero no se puede exigir.

b. En este caso, la posibilidad de interrumpir un embarazo en las causales que se discuten se encuadra en lo que es esperable y exigible para un Estado democrático, cuyo derecho deba proveer respuestas coherentes resguardando derechos de las mujeres, quienes sin lugar a dudas son titulares de ellos.

c. Una de las preguntas, continuó exponiendo, es reflexionar y debatir acerca de la utilización del derecho penal como herramienta -de total ineficacia -, y cómo el Estado actual debe hacer una lectura consistente e integrada de todas las disposiciones de la Constitución para proteger derechos.

d. Sostuvo, enseguida, que se puede hablar de un mínimo ético para el Estado, integrado por la protección al derecho a la vida, a la seguridad y a la salud, el derecho a no ser sometido a violencia y discriminación, la libertad de conciencia de las mujeres, todos los cuales se entrelazan las distintas indicaciones que se han propuesto y se encuentran recogidos en tratados internacionales de derechos humanos.

e. Afirmó que en el caso de la legislación que penaliza toda forma de aborto, nuestro ordenamiento hace invisible a las mujeres que se encuentran en situaciones de riesgo de vida y salud, cuando gestan un embarazo con un producto con inviabilidad o cuando es producto de una agresión sexual.

f. Se preguntó, a continuación, qué significa integridad desde el punto de vista constitucional y/o doctrinario. Indicó que en Chile no hay desarrollo doctrinario de densidad conceptual pues se la vincula al no dañar en los aspectos físicos. También se hace mención a los aspectos psíquicos de una persona cuando se refiere a los delitos en el marco de la violencia intrafamiliar o a la proscripción de imponer apremios o ultrajes o de someter a sufrimiento, todo lo cual afecta la psique. En el caso de algunas de las causales, agregó, podemos ver cómo la imposición del embarazo provoca más dolor y sufrimiento de aquel que la mujer ya experimenta.

g. Recordó que, paradójicamente, el ex miembro del Tribunal Constitucional, señor Marcelo Venegas, en la sentencia N° 740-07, sobre las normas nacionales sobre la regulación de la fertilidad, refiriéndose al aborto, en un voto concurrente señaló: "Creo que la Constitución podría tolerar muy calificados casos de aborto, siempre que lo dispusiera justificadamente el legislador y se tratara de situaciones conciliables con el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales [...].".

3. El aborto en el sistema internacional de protección de los derechos humanos.

a. En esta materia, señaló que los diversos organismos de protección de los derechos humanos dan cuenta de la violación de los derechos de las mujeres frente a una maternidad forzada en distintos contextos. Así, dijo, lo han expresado los organismos de Naciones Unidas, del sistema regional o europeo.

b. El Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos se refiere a la violación al derecho a la vida, integridad, intimidad y privacidad de las mujeres en la Observación General N° 28 del Comité de Derechos Humanos sobre Derecho a la Igualdad entre Hombres y Mujeres (artículo 3 del Pacto), de marzo de 2000. Como allí se

indicó, las mujeres mueren por omisiones del Estado, por muertes previsibles y evitables.

c. Este mismo Comité ha señalado que la mantención de un embarazo constituye un trato cruel, inhumano y degradante.

d. Así se resolvió en el caso de malformación fetal letal incompatible con la vida K.L. vs. Perú (2005). En un voto concurrente, se declaró además que la imposición de la gestación en ese contexto era equivalente a la tortura y una violación al derecho a la vida y seguridad, pues una adolescente de 17 años se había expuesto a daños previsibles y evitables al negar la interrupción del embarazo.

e. Posteriormente, el mismo Comité reiteró que constituía un trato cruel, inhumano y degradante el que un Estado impusiera una maternidad producto de la violación o incesto. En la decisión de 2011 -caso L.M.R. vs. Argentina- en que se denegó la interrupción del embarazo respecto de una niña con discapacidad cognitiva que fue violada, produciendo en la víctima un sufrimiento físico y mental.

f. Otro órgano de protección de derechos humanos como es el Comité de la Convención de la Mujer, CEDAW, condenó al Perú, en otra reciente decisión recaída en el caso L.C. vs. Perú, por la negación de una intervención quirúrgica oportuna a la columna de una niña de 13 años quien, al saberse embarazada producto de reiterados abusos sexuales, intentó suicidarse. Como señaló el Comité de la CEDAW, no solo su derecho a la vida, protegido por la Convención y el marco constitucional peruano, no se protegió, sino tampoco se tomó cuenta el daño para su salud, incluida la salud mental, que es un derecho protegido por la Constitución del Perú.

g. En el sistema regional de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha declarado medidas a favor de Beatriz contra El Salvador (2013), en un caso de anencefalia. O la niña Manuimby del Paraguay, en que la Comisión IDH exhortó al Paraguay pidiendo que se asegurara su vida e integridad en el caso de una niña violada reiteradamente.

Agregó que en estos dos casos, además de la decisión en el caso Artavia Murillo con Costa Rica de 2012, la Corte IDH ha hecho una expresa interpretación en que conjuga los derechos de las mujeres y la protección al *nasciturus*.

h. La reciente Observación General N° 22 (2016) del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales sobre

el Derecho a la Salud Reproductiva ha señalado que incluso los Estados deben liberalizar sus leyes sobre aborto.

Manifestó que la despenalización del aborto en estas tres causales permite precisamente asegurar las mejores condiciones para todas las mujeres en una decisión libre e informada precisamente bajo una remisión del artículo 5°, inciso segundo, de la CPR al derecho internacional de los derechos humanos. Afirmó que ese es el marco de respeto en una sociedad plural. Este, advirtió, no es un proyecto revolucionario pues apenas logra establecer y reconocer aquellos aspectos tan criticados por organismos internacionales de derechos humanos. Y Chile ha sido requerido a modificar su legislación en forma sostenida desde 1999 por el Comité de Derechos Humanos, el Comité de la CEDAW, Comité de la Convención contra la Tortura, el Comité de la Convención contra la Tortura y el Comité de la Convención de los Derechos del Niño o el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Recalcó que esta conversación es histórica, pues enfrenta a las personas en sus más íntimas convicciones, todas legítimas, y al Estado, a través del derecho y debe procurar que visiones diversas convivan en una sociedad compleja y plural.

Finalizó su intervención señalando que frente a la maternidad, las mujeres hacen muchas cosas: intentan por todos los medios poder tener un hijo cuando tienen dificultades para embarazarse o bien para mantener esa gestación, pero también hacen muchas otras cuando no desean un embarazo. Declaró que la vivencia de la maternidad es una experiencia particular y única, que se vincula profundamente con lo que somos, seremos o queremos ser.

Luego, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció **la palabra al profesor de Derecho Constitucional señor Patricio Zapata.**

El señor Zapata agradeció la oportunidad de exponer ante la Comisión y comenzó su intervención señalando que vuelve a discutirse en Chile la conveniencia de despenalizar algunas hipótesis de aborto provocado.

Al respecto, recordó que en el contexto del Mensaje sobre el estado de la Nación del 21 de mayo de 2014, la Presidenta de la República, señora Michelle Bachelet, anunció el envío de un proyecto de ley sobre la materia durante el segundo semestre de aquel año, precisando que la iniciativa respectiva ingresó a trámite legislativo finalmente en febrero de 2015.

Expresó que, a continuación, formularía algunas ideas jurídico-constitucionales sobre el proyecto indicado, las que presentaría a título estrictamente personal, a petición de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

1.- Sobre la interpretación constitucional

Consideró indispensable, antes de abordar el estudio de la constitucionalidad del proyecto de ley sobre aborto en tres causales, explicitar, aunque fuera brevemente, los criterios metodológicos que orientan su comprensión de la Carta Fundamental. Declaró que en la misma medida son muchos los preceptos de la Constitución que admiten distintas lecturas, estimando que quienes sustentan públicamente una u otra interpretación están obligados a transparentar, fundadamente, cómo y por qué han llegado a la conclusión que defienden.

Dicho lo anterior, procedió a explicar sus criterios de interpretación constitucional.

a) Sostuvo que conviene, en primer lugar, recordar la diferencia entre la teoría constitucional y la dogmática constitucional.

Hizo presente que hay ocasiones en que uno tiene la oportunidad de opinar sobre lo que le gustaría que la Constitución dijera (análisis de *lege ferenda*). Son las oportunidades en que, apoyados en algún ideal normativo, sometemos a crítica al ordenamiento vigente. Esa, dijo, es la hora de la teoría constitucional.

Agregó que existen, sin embargo, otros momentos en que se pide, y se espera, que -más allá de las correspondientes preferencias- se declare qué es lo que la Constitución dice (examen de *lege data*). Trátese éste del esfuerzo por encontrar el sentido y alcance del ordenamiento jurídico tal cual es y sea que aquello guste o no. Esa es la tarea de la dogmática jurídica.

Añadió que una opinión como la que hoy expone, lo mismo que un Informe en Derecho, es un ejercicio de análisis dogmático de las normas vigentes. Quien así opina, que -sin duda- tiene preferencias personales, debe esmerarse, sin embargo, por tratar de describir de manera fiel el material jurídico real y actualmente existente.

b) Consignó que abordaría el examen del asunto sobre el que se le consulta bajo la convicción de que los intérpretes de una Constitución Política deben conceder amplio respeto a la esfera de discrecionalidad de que goza el legislador democrático, a efectos de ponderar, autónomamente, las consideraciones de mérito y oportunidad que

pueden aconsejar una u otra política pública. Agregó que esta opinión se estructura desde la perspectiva de la deferencia razonada.

Sostuvo que toda Constitución Política, incluso una como la chilena vigente, que tiene un compromiso con ciertos valores, define un rango amplio dentro del cual caben distintas opciones de política; unas más liberales, otras más socialdemócratas, algunas sensatas y otras quizás torpes. Subrayó que mientras no infrinjan el marco constitucional, todas esas opciones, las liberales, las socialdemócratas, las sensatas y las torpes, están dentro del radio de alternativas por las que legítimamente pueden optar los órganos de representación democrática. Agregó que quien evalúe la constitucionalidad de una opción legislativa, y esto vale para parlamentarios, profesores y magistrados del Tribunal Constitucional, debe tener en mente esta circunstancia y abstenerse, por tanto, de encontrar inconstitucional todo lo que no le gusta.

c) En lo que sigue, indicó, los preceptos de la Constitución Política se leerán desde lo que la propia Carta Fundamental dice y desde lo que exige el Constitucionalismo. Destacó que no se incurrirá, por ende, en el error, desgraciadamente bastante común, de interpretar los preceptos constitucionales sobre un determinado asunto desde la óptica de lo que dicen las leyes que regulan en concreto esa materia.

Manifestó que así como es un error leer las normas constitucionales sobre inicio de la personalidad o derecho de propiedad desde lo que dice al respecto el Código Civil, por genial y venerable que sea el Código de Bello, también se equivocan, por ejemplo, quienes pretenden leer las disposiciones constitucionales sobre sindicatos, negociación colectiva y huelga, vigentes desde el 11 de marzo de 1981, desde la mirada del Plan Laboral de 1979. Afirmó que ello debe ser exactamente al revés. Lo que corresponde, entonces, es empezar a leer críticamente las disposiciones del Código Civil o del Código del Trabajo desde una Constitución que declara su compromiso con la dignidad de la persona humana y que reconoce el valor de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Hizo presente que las Constituciones son expresión del Constitucionalismo. Este último es una tradición de más de tres siglos, formada por ideas y prácticas que asumen el propósito triple de garantizar eficazmente los derechos y libertades, de limitar el poder de los órganos estatales y de dar cauce expedito al ejercicio del poder político ciudadano. Pero, al mismo tiempo, apuntó que las distintas constituciones son hijas de circunstancias históricas concretas. Agregó que ellas, entonces, son depositarias de diferentes sensibilidades ideológicas y que algunas, más allá del título que llevan, tienen problemas para trascender proyectos personales, de partido o de clase. Y es innegable, por lo tanto, que así como existen constituciones más fieles al *thelos* del Constitucionalismo

-“normativas” en lenguaje de Karl Lowenstein- hay otras más alejadas de dicho espíritu, “nominales” o “semánticas” en palabras del mismo autor.

Manifestó que situados en el terreno de la dogmática, deben preferirse las interpretaciones que acerquen Constitución y Constitucionalismo y no las que los alejen.

Dado lo expuesto y frente a las dudas que puede suscitar el tenor literal necesariamente general y abstracto del texto constitucional, consideró que hay que desechar la alternativa de llenar los vacíos con las definiciones que vienen desde abajo -la ley- y preferir la alternativa consistente en completar lo que la Constitución apenas esboza con contenidos que vengan desde el Constitucionalismo.

d) Expuso, enseguida, que los tratados internacionales sobre derechos humanos y el *ius cogens* son vehículos privilegiados de los valores y principios del Constitucionalismo. Expresó que así lo entiende la gran mayoría de las constituciones del mundo y así lo entiende la Constitución chilena vigente.

Declaró que su interpretación de la Carta Fundamental asume en plenitud la importancia trascendental de la reforma del año 1989 que, modificando el artículo 5°, explicitó la obligación de los órganos del Estado en orden a respetar y promover los derechos esenciales reconocidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Destacó que sin querer entrar aquí en el debate sobre la jerarquía formal que nuestro ordenamiento debe reconocer a dichos pactos internacionales, materia sobre la cual la doctrina se encuentra dividida y la jurisprudencia zigzaguea, es indispensable, en todo caso, tomar nota del hecho de que tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema vienen asumiendo progresivamente el valor plenamente vinculante de los derechos materialmente contenidos en dichos instrumentos.

Y así, por ejemplo, los convenios de la OIT son tratados sobre derechos humanos y aquellos que Chile ha ratificado vienen a complementar, ampliar, enriquecer y profundizar los compromisos expresos de los números 16 y 19 del artículo 19 de la Carta Fundamental. En esta misma línea, añadió, nuestro examen de derechos fundamentales no puede desentenderse de lo que al respeto indican la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sostuvo que aun cuando ha tenido oportunidad de manifestar su desacuerdo con la tesis que postula un concepto de Bloque de Constitucionalidad, que incluiría automáticamente todas las interpretaciones

que en materia de derechos hacen tribunales y organismos internacionales a los que Chile está afiliado, no puede haber dudas en cuanto a que las respectivas decisiones vinculantes deben ser prontamente cumplidas por nuestro Estado. En cuanto a las doctrinas subyacentes, expresó que ellas merecen atenta consideración por parte del intérprete nacional. Añadió que dicho respeto no excluye su libertad para ejercer la crítica contra las doctrinas que le parezcan erróneas, especialmente cuando ellas constituyen *Obiter Dicta*.

e) La interpretación constitucional, en coherencia con lo que se viene desarrollando, debe descartar las técnicas del literalismo y el originalismo.

Aseveró que por literalismo entiende la visión que comprende que la interpretación se circunscribe exclusivamente al ejercicio de desentrañar, con diccionario en mano, el sentido de las palabras que usa el precepto constitucional concreto que se busca aplicar.

Por originalismo, por su parte, entiende la metodología interpretativa que postula que el sentido de los preceptos de la Carta Fundamental está definitiva e irrevocablemente vinculado, amarrado se diría, a la intención que tuvieron quienes redactaron y aprobaron dichas normas. Estos son los intérpretes que a la menor interrogante, acuden presurosos a revisar las Actas en que consta lo que se dijo en algunas de las 416 sesiones que celebró entre 1973 y 1978 la Comisión Ortúzar.

Señaló que por razones que ha explicado latamente en otras partes, tanto literalismo como originalismo son malas soluciones. Subrayó que anquilosan el texto constitucional, no tienen respuesta frente a las contradicciones internas que puede presentar una Carta Fundamental y, aun cuando se ofrecen como técnicas que –desde la presunta objetividad de las palabras o las Actas-, prometen limitar el margen de maniobra del intérprete, en la práctica, sin embargo, al rebajar la exigencia de justificación, terminan ofreciendo una coartada a una discrecionalidad en sentido fuerte que se ve, así, liberada del deber de argumentar en serio.

f) La que se postula, en suma, es una interpretación constitucional sistemática/finalista, o simplemente "finalista". Esta es aquella que, sin perjuicio de partir del análisis de la textualidad del enunciado normativo, entiende que para arribar al más “correcto” de los posibles significados de un precepto es indispensable considerar además, y especialmente, el conjunto de medios y fines del sistema del que éste es parte.

Enfatizó que desde el momento en que la lectura finalista imputa al sistema jurídico un cierto grado de coherencia global, el

intérprete no puede sino preferir aquella comprensión de una norma aislada que calza más y mejor con el resto del conjunto. Agregó que en algunos casos, esta perspectiva puede, incluso, llevar a que el intérprete desestime lo que aparece como el primero o más obvio de los sentidos puramente literales. Esta preferencia, lejos de evidenciar desdén por el trabajo del legislador o el constituyente, expresa más bien un ánimo de cooperación activa.

2.- La personalidad del que está por nacer

Explicó, a continuación, que el proyecto bajo examen intenta zanjar un conjunto de situaciones límite en que aparecen en conflicto los derechos e intereses de la madre, por una parte, y los derechos de la creatura que crece en su vientre, por la otra.

Advirtió que las distintas respuestas al problema que plantean estas circunstancias excepcionales dependen, por supuesto, de muchos factores: nuestras propias experiencias de vida, nuestros paradigmas morales, el rol que le asignamos al derecho en general, etc. Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, existe otro factor clave para explicar la forma en que cada uno reflexiona sobre estas cuestiones, que es la distinta entidad o valor jurídico que se le da a la vida del que está por nacer.

Agregó que nadie podría dudar que en el producto de la concepción hay una vida humana. Hay vida y es humana, agregó. Recalcó que la discusión se produce, más bien, en relación al estatus jurídico de esa vida en desarrollo. ¿Se trata solamente de un bien valioso que la ley debe proteger o estamos ante una persona, merecedora por tanto de la protección máxima de la Carta Fundamental?

Sobre este punto, estimó que las mejores razones apuntan a la plena personalidad del que está por nacer, aun cuando connotó que no es ésta, en todo caso, su posición reciente. Reseñó que hace más de dos décadas que publicó en la Revista Chilena de Derecho el artículo "Persona y embrión humano", en que desarrollaba las razones que lo llevaron a concluir, ya entonces, que en nuestro Derecho el *nasciturus* es persona. Informó que ésta es una tesis que ha vuelto a explicar en publicaciones posteriores, añadiendo que lo más importante, por supuesto, y más allá de su opinión, es que esta visión ha sido ratificada tanto por la Corte Suprema como por el Tribunal Constitucional.

Enfatizó que la personalidad del embrión se funda en una lectura sistemática y finalista de la Carta Fundamental, que asume, al menos, los siguientes supuestos:

a) Todas y cada una de las disposiciones de la Constitución Política deben ser leídas en el contexto de los valores y principios del constitucionalismo: los que ella contiene expresamente, los recogidos en tratados sobre derechos humanos y los que derivan de la tradición y la doctrina. Sostuvo que no corresponde leer la Constitución desde y según el derecho civil o el derecho penal. Por venerable que sea nuestro Código Civil y por genial que haya sido don Andrés Bello, sus definiciones no pueden vincular a la Carta Fundamental y, en todo caso, deben entenderse referidas, principalmente, al ámbito del derecho privado patrimonial.

b) Cuando la Constitución habla de personas, se refiere a individuos de la especie humana (o, en el caso de las personas jurídicas, a asociaciones humanas). Afirmó que esta conclusión se deriva del texto y estructura, entre otros, de los artículos 1° (que habla de realización espiritual y material de las personas) y 5° (que alude explícitamente a la "naturaleza humana" como límite infranqueable al ejercicio de la soberanía y fundamento de los derechos). Los no humanos, por tanto, no pueden ser personas y, en consecuencia, no tienen derechos fundamentales (por valioso que sea el alerce, no tiene derechos). Los seres humanos, en cambio, son todos personas, sin ninguna distinción y, por lo mismo, tienen todos derechos fundamentales.

c) Cuando la Carta Fundamental comienza señalando que las ''personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos'' está replicando un lenguaje constitucional que se remonta a John Locke, Jean Jacques Rousseau, la Declaración francesa de 1789 y, más recientemente, la declaración de la ONU de 1948. Se refiere, evidentemente, a la idea liberal según la cual las personas tenemos derechos que son anteriores al Estado. Por eso, nacemos con ellos. Solo un provincianismo jurídico muy pobre puede llevar a pensar que esta solemne declaración alude al criterio práctico de nuestro Código en el sentido que solo al separarse completamente la criatura de la madre –cortado el cordón umbilical y sobreviviendo "un instante siquiera"- hay persona civil.

d) Todos los derechos del artículo 19 están referidos a la persona humana. Lo típico es que los distintos numerales comiencen, en su primer inciso, con la descripción del derecho concreto de que se trata. Luego, en los incisos siguientes vienen las instrucciones, mandatos o prohibiciones específicas al legislador. El objeto de estas referencias al legislador no podría ser negar o vaciar el reconocimiento ya hecho. Sería contradictorio con la esencia del constitucionalismo -resguardar ciertos bienes básicos de la persona, especialmente contra el legislador- que las garantías del artículo 19 se leyeran como una serie de generosas declaraciones seguidas de amplias delegaciones en el legislador. Precisó que el segundo inciso del número 1° del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental desarrolla y refuerza el primer inciso, sin crear una isla de

desprotección constitucional, sino que ratificando un compromiso con la vida humana en todas sus etapas.

e) El segundo inciso del artículo 19, número 1°, no es superfluo ni menos aún puede decirse que sea indicativo de existir un doble trato entre individuos de la especie humana: trato VIP o full equipo para los nacidos (inciso primero para los nacidos) y clase turista para el *nasciturus* (segundo inciso). Manifestó que con esa lógica habría que entender que cada vez que los restantes numerales del artículo 19 formulan un encargo legislativo específico, dicho mandato configuraría una nueva categoría, distinta al derecho enfáticamente anunciado en el primer inciso respectivo. Destacó que nunca lo ha escuchado decir respecto, por ejemplo, al lenguaje amplio con que el número 12 autoriza al legislador de quórum calificado a establecer delitos y abusos de la comunicación. Se preguntó si es que, entonces, vamos a leer literalmente esta referencia amplia al legislador y vamos a permitir que rediseñe a su amaño la extensión y la profundidad de las libertades de opinar e informar.

Agregó que contra esta interpretación se esgrimen, básicamente, tres tipos de argumentos, a saber, los que señalan sobre “persona” las normas del Código Civil, las deliberaciones de la “Comisión de Estudios de la Nueva Constitución” y la extrañeza que a algunos produce la existencia de un inciso *ad hoc* para la protección del que está por nacer. Enfatizó que es un error leer la Constitución desde las normas infraconstitucionales. En cuanto a la supuesta conclusión que algunos extraen de las Actas de la Comisión Ortúzar, señaló que nunca ha pensado que las opiniones sueltas de algunos asesores de la dictadura del general Pinochet puedan tener, 35 años después, efecto vinculante para el intérprete constitucional. Añadió que no deja de ser paradojal, por lo demás, que sobre este punto las Actas sean citadas por personas que niegan toda y cualquier legitimidad al proceso generativo de la Constitución original de 1980. Finalmente, estimó que había mostrado que el inciso segundo del número 1 del artículo 19, que reza “La ley protege la vida del que está por nacer”, no puede ser leído lógica o sistemáticamente ni desde una óptica finalista como una *capitis diminutio* del n*asciturus*, sino que, como lo que es, una orden al legislador en el marco de una norma jurídica que asegura derechos a las personas.

Advirtió que si se ha detenido un instante en esta discusión constitucional es porque la dilucidación del estatuto del embrión es clave a efectos de evaluar la juridicidad de las distintas propuestas de legalización del aborto provocado.

Manifestó que, de esta manera, si se piensa que el *nasciturus* no es persona, la mayoría de los conflictos entre el embrión y su madre debieran resolverse a favor de los intereses de ella. En efecto, dada esa definición previa, parece lógico darle mayor peso al terrible sufrimiento

que padece una mujer -persona titular, entre otros, de los derechos a la salud, la integridad síquica, el desarrollo a desarrollar su personalidad, la honra, etc.- que se encuentra bajo el *stress* de un embarazo producto de una violación, con un feto inviable o un embrión afectado por alguna malformación severa, que a la expectativa de vivir del ser humano no persona todavía y, por ende, no titular de derechos fundamentales.

Consideró que si, por el contrario, se asume que el embrión es persona, ni siquiera razones tan poderosas y atendibles en sí mismas, como la salud, la autonomía o el desarrollo personal, alcanzan a tener potencia suficiente como para que la sociedad alce, para estos casos dramáticos, la muy justificada prohibición categórica que nos impide tomar deliberadamente la vida de un inocente.

3.- Legalizar no es despenalizar

A continuación, informó que más que volver a formular sus razones sobre el fondo, le gustaría detenerse en la polémica que se ha suscitado a propósito de la cláusula del proyecto que permitiría a un médico abstenerse de participar en los abortos despenalizados “cuando hubiera manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa”. Dijo que, como se sabe, este punto ha dado lugar a un intenso debate. Destacó que mientras el Rector de la Universidad Católica ha manifestado que, en razón de los principios que definen a esa Universidad, los centros médicos ligados a ella no practicarán abortos, hay quienes han señalado que, dado que la objeción de conciencia es el reclamo que hace un individuo contra una ley que violenta sus convicciones morales más profundas, no cabe que la invoque una corporación. Algunos, incluso, han señalado que las instituciones que rehúsen practicar este tipo de abortos debieran perder todo tipo de aporte o apoyo estatal.

Señaló que la polémica es parte de una confusión contenida, desgraciadamente, en el propio proyecto. Expuso que lo que la Presidenta Bachelet comprometió y presentó, es un proyecto para “despenalizar” ciertas hipótesis muy excepcionales de interrupción voluntaria del embarazo. Añadió que la idea que subyace es que, en esos casos calificadísimos, el uso de la pena penal -con todo lo que ella implica- resulta desmedido, contraproducente o cruel. Subrayó que despenalizar no significa, sin embargo, que una conducta que hasta ayer era delito, pasa a ser ahora, un derecho fundamental que impone a toda persona, institución o grupo, estatal o privado, el deber de colaborar y prestar satisfacción a la decisión de abortar.

Concluyó su intervención manifestando que despenalizar, en suma, significa pasar de lo absolutamente prohibido no a lo obligatorio, sino que a lo condicionadamente permitido. En los casos

autorizados, a la mujer que quiera, al médico que acepte y a la institución que le interese. Por lo mismo, opinó que la referencia del proyecto a la objeción de conciencia estaría fuera de lugar. Apuntó que sería congruente, sí, con un proyecto de reforma constitucional que reconociera a todas las mujeres el derecho fundamental a decidir sobre la continuación o interrupción de sus embarazos. En dicha hipótesis, sí podría ser útil explicitar una salida para el facultativo que tiene reservas morales frente al aborto, pero ese sería un proyecto muy distinto al que la Primera Mandataria incluyó en su programa.

Acto seguido, hizo uso de la palabra **el profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, señor Víctor Manuel Avilés.**

El señor Avilés comenzó su intervención señalando que se le ha solicitado informar el proyecto de ley que despenaliza el aborto en tres causales, lo que presupone determinar si existen inconsistencias entre la iniciativa y la Constitución Política o el conjunto de normas que conforman el bloque de constitucionalidad.

Al respecto, consideró importante puntualizar lo que sigue:

- Se trata de un asunto esencialmente jurídico, incluso en lo relativo a la determinación del comienzo de la persona y la vida humana.

- Estamos ante un punto de la mayor relevancia jurídica, pues del mismo depende la concreción temporal de los demás derechos y libertades constitucionales. Tan fundamental es para el Derecho determinar desde cuándo se deben reconocer y resguardar los derechos fundamentales.

- Ni aún la excusa de la existencia de diferentes creencias al respecto permite soslayar la necesidad de definir este punto.

- La única definición válida desde el punto de vista jurídico es la normativa, con base o no en la propia Constitución Política. Las convicciones morales al respecto son irrelevantes al momento de concluir y, por ello, también lo es que sean diversas. Es legítimo y necesario que, conforme nuestras normas e instituciones democráticas, se defina el momento de inicio de la vida y de la persona humana.

- Opinó que la actual Carta Fundamental define el comienzo de la vida humana y de la persona. Ello, añadió, no quiere decir que exista un derecho absoluto o que la normativa complementaria no pueda

dar cuenta de una protección incremental de los derechos, por ejemplo, de la persona independiente en relación a aquella que se encuentra en el vientre materno. De hecho, continuó, nuestra normativa lo hace y es así como no sanciona el aborto culposo o el que se produce sin dolo directo y sí se castiga el homicidio culposo.

- Finalmente, se debe tener presente que a diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones cuyos precedentes judiciales han sido traídos a colación en este debate, la iniciativa en estudio se inserta en una normativa como la nacional, que no sanciona el aborto en todos los casos pues exige que el mismo sea malicioso. Acá, dijo, existe un importante antecedente a efectos de resolver lo que se le ha consultado.

En razón de lo anterior, expresó que lo que corresponde es analizar el proyecto a lo menos desde una doble perspectiva: i) su constitucionalidad y ii) sus posibles perfeccionamientos.

Consignó que no ahondará en consideraciones extra normativas de interés jurídico, como podrían ser las políticas. No obstante, estimó necesario dar cuenta que la iniciativa, de aprobarse en Chile, sería un cambio de rumbo en el avance que se ha vivido conforme nuestra particular historia en cuanto a la creación de un marco normativo inclusivo que acoge a todos, amplía los derechos humanos y apoya a las personas en las distintas contingencias de la vida –incluidas las enormes dificultades de la mujer que sustentan el proyecto-, sin sacrificar unos en pos de otros.

El proyecto, dijo, con más o menos fineza, subordina normativamente a unas personas en relación a otras –lo que eventualmente puede ser tolerable- y, de paso, tiende indirectamente a liberar al Estado y a la sociedad de las obligaciones que le corresponden en cuanto a prevenir delitos, resguardar la vida, otorgar acceso a la salud y administrar justicia con fines retributivos y preventivos, protegiendo y apoyando a la mujer. Señaló que dado el estado de avance actual, existen formas alternativas de hacerse cargo de los problemas de los que da cuenta la iniciativa, que pueden permitir optimizar el respeto por los derechos tanto de la madre como de la persona que está por nacer, evitando que Chile tenga que transitar por el camino de una ley de aborto.

Connotó que aprobar el proyecto involucra legalizar el aborto ante tres causales, pues eso es lo propio de este campo del derecho privado, donde, además, la propia iniciativa regula cómo se debe ejecutar la conducta. Luego, tomando nota de que la madre podrá elegir si se practicará o no un aborto, se entrega una solución rígida y ex ante a la colisión de derechos respectiva. Sostuvo que lo anterior se traduce, derechamente, en una señal hacia los ciudadanos de la eventual subordinación de una vida en pos de la otra, en momentos en que

evidentemente nuestra sociedad requiere señales pro vida y pro familia. Ello, reconociendo que nuestra población envejece, decrece y se desarrolla cada día más en entornos que estimamos no óptimos. En este punto, recalcó que no puede dejar de hacer presente que, además, estas normas confieren espacios sea para el uso de resquicios sea para su violación, so pretexto de aplicarlas.

Enseguida, indicó que la posición jurídica que expondrá no desconoce el derecho de las mujeres. Al contrario, declaró, agrega al rechazo del proyecto el reconocimiento del deber del Estado de hacerse cargo de la situación de las mujeres que deben enfrentar, por su propia naturaleza, el dolor de un embarazo no deseado producto de una violación o los riesgos para la salud asociados. Indicó que la posición que manifestará solo se hace cargo de una realidad dolorosa y no buscada, en donde -como en otras circunstancias de la vida- se produce una colisión de derechos. Así, a las normas sólo les corresponde buscar la forma más eficiente de optimizar, en lo posible, la vigencia de ambos derechos involucrados o, si se quiere, minimizar la afección de uno en pro del otro, haciéndose cargo además de las dificultades de las personas concretas.

Sostuvo que por mucho que la tendencia actual y razonable apunte a reconocer la igualdad entre las personas, ella es completa desde el punto de vista de la dignidad, pero debe hacerse cargo de las diferencias naturales que existen entre los hombres y las mujeres. Señaló que el ánimo igualador no puede pasar por encima de la realidad natural que hace de las mujeres las privilegiadas al momento de llevar en su vientre a los humanos en su primera etapa de desarrollo o, en su caso, de verse expuestas a sufrimientos que los hombres jamás podrán entender. Añadió que por mucho que se pretenda soslayar lo anterior, ello no es posible. Reconoció esta natural diferencia como inevitable, sosteniendo que el derecho, lejos de pretender soslayarla, debe hacerse cargo de la misma para, junto con proteger la vida de todos quienes han sido concebidos, apoyar a la mujer en su proceso de embarazo, desarrollando políticas de acompañamiento, especialmente en casos complejos como aquellos que quiere enfrentar el proyecto. Destacó que no reconocer esta necesidad especial de protección de las mujeres, a la vez que rechazar la iniciativa, puede encubrir una falta de humanidad tan grave como el desconocer, so pretexto de la igualación, el derecho a la vida del que está por nacer.

Estimó que todas y cada una de las razones que las personas de buenas intenciones han argumentado para defender la legalización del aborto en tres causales con centro en el reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres y sus familias, tienen reconocimiento en nuestro derecho actual, existiendo soluciones normativas y judiciales diferentes a las del proyecto. Agregó que no se trata, en consecuencia, de una única vía de arreglo para la colisión de derechos que

se describirá, sino que simplemente la iniciativa da cuenta de una más de ellas, la que no optimiza los derechos ni es constitucional.

Frente al proyecto, sostuvo que debe tenerse a la vista la situación normativa actual que es compatible con la Constitución, por lo que rechazó la tesis extrema de algunos, que, para dar fundamento al mismo, parten pretendiendo establecer una cierta obligación de aprobarlo. De otro lado, expresó que es de la opinión que la normativa actual es respetuosa del derecho de los tratados, desde que no sanciona el aborto en todos los casos.

En relación al momento del origen de la vida humana y de la persona, manifestó que la pregunta que debemos responder es si dentro del marco constitucional chileno, el fruto de la concepción tiene o no el carácter de persona y si, en consecuencia, se le debe reconocer el derecho fundamental a la vida en calidad de tal desde la concepción.

Señaló que si la respuesta a dicha interrogante es positiva, el proyecto difícilmente podrá ser considerado constitucional -aunque podría serlo-, pues subordina ex ante, en determinadas situaciones, la vida de una persona en beneficio de la otra. Si la respuesta a esta pregunta es negativa, es decir, si se concluye que la “vida del que está por nacer” no es un derecho fundamental reconocido al embrión en calidad de persona humana, la iniciativa podría ser compatible con la Constitución -como podría no serlo- si cumple el mandato de la misma de proteger ese interés jurídico, “la vida del que está por nacer”. En otros términos, opinó que puede ser inconstitucional, sea que se considere que el embrión es vida humana reconocida a una persona o sea que se concluya que, de no serlo desde el punto de vista normativo, la iniciativa se encuentra diseñada de una manera que no honra la obligación constitucional de proteger la vida del que está por nacer.

Por otra parte, afirmó que el proyecto puede ser constitucional si se concluye que la vida del que está por nacer no es un derecho fundamental y se establece que, en todo caso, viene a honrar el mandato constitucional de resguardarla.

Finalmente, apuntó que existe una hipótesis en que podría ser constitucional incluso concluir que en Chile la vida del que está por nacer corresponde a un derecho fundamental reconocido al embrión en calidad de persona humana. Ello ocurre, añadió, si se estima que la iniciativa en estudio soluciona en forma respetuosa en el mandato de proteger la vida del que está por nacer, la colisión de derechos subjetivos de dos personas en las situaciones límites a que se refiere. Expresó que dicha conclusión obliga a analizar las alternativas conocidas para solucionar este conflicto, respetando criterios como el de mínima afección posible de los derechos, debidos controles y otros.

Continuó indicando que la Constitución Política reconoce al embrión desde el momento de la concepción como titular del derecho fundamental a la vida en calidad de persona, estableciendo, además, –no como algo diferente- un deber especial de resguardarlo que pesa sobre el legislador y sobre toda autoridad. Agregó que el sentido de este mandato especial no es reducir la entidad del objeto de protección a un interés jurídico, sino que tiene relación con las características especiales de esta persona humana y la necesidad particular, derivada de ellas, de obtener un resguardo a partir de la acción de un tercero. En otros términos, sostuvo que este mandato no es base para sostener que no estamos ante un derecho fundamental reconocido a una persona, sino que, simplemente, da cuenta del hecho natural de que estamos ante quien no puede autotutelar sus derechos.

Expuso que ha sostenido que la doctrina de la interpretación constitucional es diferente de aquella que es propia de la interpretación de la ley, especialmente en entornos como el chileno, en donde además existe regulación al respecto. Añadió que, en esta línea, de un lado se ha sostenido que la Constitución se debe interpretar a través de reglas especiales y, entre ellas, (i) que como Carta Básica se encuentra destinada a ser entendida por el ciudadano común, por lo que el sentido natural y obvio de las palabras es el que en general debe primar. Se rechaza la posición de quienes, trayendo definiciones de normas de rango legal, buscan interpretar la Constitución para a través de ello limitar su alcance; (ii) que atendido que se trata de una Constitución semiflexible que permite evitar la obsolescencia por su permanente revisión, es el texto constitucional el punto de partida, evitándose afectar la seguridad jurídica y disminuyendo el traspaso del poder constituyente a los jueces que puede subyacer a otras escuelas de interpretación; (iii) que se debe tener siempre presente el principio de una interpretación finalista en su doble sentido, esto es, otorgar sentido útil a sus palabras y entender las normas como promotoras y protectoras de derechos; iv) que los principios y valores jurídicos iluminan la interpretación de las normas, de manera además de respetar la sistematicidad del conjunto y reconocer los distintos niveles de supremacía formal que la Constitución establece, en el caso chileno; v) que los preceptos se deben interpretar en su contexto, dando sistematicidad al conjunto, y vi) que los tratados en materia de derechos fundamentales son un elemento de la interpretación, conforme el artículo 5°, desde el momento en que si bien son infraconstitucionales, sí son un límite normativo al ejercicio de la soberanía, lo que incluye la actividad de interpretación por la autoridad de las normas constitucionales y la legislativa. Evidentemente, ello en el entendido que el tratado no vaya en contra de la Constitución, la que en todo momento conserva una supremacía formal y material en su calidad jerárquica como fuente de derecho.

Hizo presente que esta doctrina de la interpretación de la Constitución no es muy diferente de que la que se ha sostenido, por ejemplo, en cuanto a la interpretación de los tratados en materia de derechos humanos, a los que por cierto son aplicables las normas de la Convención de Viena.

De otro lado, sostuvo que siempre ha criticado la tendencia originalista en nuestro entorno, que suele usarse de manera oportunista para defender una y otra posición, según sea el caso. Ello, por el carácter no representativo de quienes formaron la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, por la metodología de trabajo de la misma, por el hecho que no conforma la voluntad constituyente en el sentido de causa eficiente del texto constitucional, por haber existido cambios y reformas posteriores a su trabajo, por aportar contenidos extra normativos a la Constitución, etc. Luego, rechaza en la especie apelar a posiciones aisladas de redactores del ante proyecto, al momento de interpretar la Constitución en este punto esencial, como lo ha hecho siempre. Consideró que sorprende cómo, en esta discusión, varios autores que adhieren a estas ideas han buscado en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución sus mejores argumentos y han creído encontrarlos.

Enfatizó que la norma básica a interpretar es el número 1 del artículo 19, que señala que “la Constitución asegura a todas las personas:

1º.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.

La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado. Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.”.

Sostuvo que dicha norma, en lo relevante a este análisis, tiene dos elementos (i) reconoce el derecho a la vida de toda persona, lo que incluye la del que “está por nacer” y (ii) adicionalmente, establece un deber especial del Estado de resguardar la vida del que está por nacer. Ello, por los siguientes argumentos:

1.- Si bien la regla no indica expresamente desde qué momento se entiende que comienza la existencia de la persona humana como tal, el contexto de la misma ilumina sus partes en cuanto a que en ella se resguardan derechos de las personas y se confieren garantías específicas, como el mandato indicado. Al contrario, no se advierte cómo el supuesto silencio que algunos consideran que existe sobre el punto pueda

llevarlos a concluir, a renglón seguido, que no se reconoce a la persona desde el momento de la concepción.

2.- Expuso que no le parece que exista un argumento en la norma que permita inclinar la conclusión a favor de que el inciso segundo del numeral respectivo da cuenta de un interés jurídico como algo diferente de un derecho fundamental. Si así fuere, el conector usado habría sido entre una y otra oración del tipo de “no obstante ello” u otro similar. Al contrario, el inciso segundo refuerza la conclusión y reconoce que la vida de la persona humana antes de nacer requiere de la protección de terceros.

3.- La disposición trata al que “está por nacer” como sujeto y no como objeto, desde que le reconoce la titularidad del derecho a la vida. Aunque no lo indique expresamente, se trata de una conclusión que se extrae directamente de la simple lectura. Subrayó que no hay ningún argumento en la norma que permita inclinar la conclusión a favor de que el inciso segundo se refiera a una situación –vida- reconocida a una entidad diferente de una persona humana.

4.- La expresión “del que está por nacer” da cuenta de la continuidad de su carácter de humano más que de un cambio de estado, con las importantes consecuencias que le atribuyen quienes estiman que no existe persona humana desde la concepción, sino desde el nacimiento.

5.- El principio de interpretación finalista, esto es, el que obliga a interpretar los derechos y garantías en forma amplia, avalaría esta conclusión sin que ello implique desconocer, a la vez, el derecho de la madre a la vida, su libertad y dignidad. En otros términos, ante la duda, lo que corresponde es interpretar el precepto dando más protección que menos protección.

6.- Confirma lo anterior el hecho de que el inciso segundo del artículo 5° de la propia Constitución indica: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”. Luego, considerando que esta es una regla contenida en el capítulo de Bases de la Institucionalidad y que, como tal, establece principios y valores jurídicos que ilustran el sistema constitucional, se debe establecer que en la interpretación del precepto constitucional el Estado solo puede promover -y no limitar- los derechos fundamentales. Cosa diferente es cómo se resuelven los casos de colisión o conflicto de derechos, materia que se tratará más adelante.

Sostuvo que las opiniones de los redactores del anteproyecto de Constitución no pueden utilizarse para llegar a una solución diferente a lo expuesto. De otro lado, de la lectura de las opiniones expresadas no puede concluirse que se haya convenido que la vida humana no comienza desde la concepción.

Señaló que, complementando la Constitución, con carácter subordinado frente a ella pero supra ordenado frente a todas las expresiones de la soberanía –incluyendo la judicial y la legislativa- se encuentran los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales que se encuentren suscritos y vigentes. Agregó que estos tratados complementan la Carta Fundamental pero no pueden ir contra ella. Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, parafraseando el Tratado de los Derechos del Niño, ambos en el marco de las Naciones Unidas, señala “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Expresó que de lo anterior fluye nítidamente que se reconoce la condición de niño –expresión referida a una persona humana en su primera etapa- a quien aún no ha nacido. Esta expresión del preámbulo claramente ilumina la concepción que sobre el punto tuvo el tratado, aunque pueda haber signatarios que tuvieron aisladamente reservas al respecto.

Manifestó que también se cuenta la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969. Este instrumento internacional, ratificado por Chile y vigente, sí señala expresamente desde cuando comienza vida como derecho de la persona humana, lo que da cuenta de que se define desde cuando existe esta última. La norma del artículo 4, número 1, indica “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.”. Afirmó que el hecho de que hoy, al momento de legislar, se desconozca esta disposición expresa, como se ha apreciado en algunos de los fundamentos entregados para el proyecto, involucra una violación a la norma del artículo 5° de la Constitución. Recalcó que la simple lectura de los fundamentos entregados en apoyo del proyecto da cuenta de la necesidad que han tenido sus autores para darle sustento en cuanto a concluir que, desde el momento de la concepción, la vida humana no es un derecho fundamental reconocido a la persona.

Ante ello, indicó que habrá que determinar qué implica señalar que “en general” se protege este derecho desde el momento de la concepción. Evidentemente, prosiguió, sugiere que ello ha de ocurrir en la mayoría de los casos, pudiendo admitirse excepciones, como por lo demás lo indica el considerando 263 del fallo Artavia Murillo. De ninguna forma, como se ha sostenido, la afirmación “en general” permite entender que se sostiene que el derecho a la vida no comienza desde el momento de la concepción, debiendo agregarse que el mismo fallo indica que la concepción

requiere que el embrión se haya implantado (considerando 264), para luego señalar que el embrión no implantado no es persona, esto es, no se ha producido la concepción. Apuntó que se puede desprender del fallo que la autoridad, en ciertos casos de excepción, no lo resguardará como derecho absoluto desde tal instante frente a otros derechos de similar relevancia.

Sostuvo que, así, no se trata de desconocer este derecho desde el momento de la concepción, sino de dar espacio para que la protección legal no sea absoluta, como, por lo demás, ocurre con todos los derechos. De esta forma, la regulación penal chilena da cuenta de ello al sancionar el aborto solo cuando es malicioso y no en toda circunstancia.

Finalmente, enfatizó que la interpretación que al respecto entrega el fallo Artavia Murillo en el contexto de determinar si procede la fertilización in vitro, da cuenta que el embrión no es persona, pero entendemos que se refiere al embrión no implantado, pues sistemáticamente indica que en tal caso no ha habido concepción. Añadió que, en todo caso, es una consideración *obiter dictum* o a mayor abundamiento, en un fallo sobre hechos específicos y diferentes, sin reflejo en un resuelvo.

Recapitulando, declaró que al interpretar esta norma se suelen citar resoluciones de tribunales extranjeros o internacionales fuera de contexto o de forma errada. Advirtió que decisiones como la del caso Artavia v/s Costa Rica, discurren en un contexto fáctico donde se trata de embriones no implantados, entorno donde la expresión “en general” permitiría hacer excepción al deber de reconocer a los mismos el carácter de persona (considerando 258 del fallo mencionado). Afirmó que no es el caso que subyace bajo el proyecto en discusión, donde existe un embrión implantado. Manifestó que, de otro lado, este fallo indica que los derechos no son absolutos, cuestión que compartió, añadiendo que no se puede, a partir de ello, concluir que no hay derecho a la vida o persona desde la concepción.

Asimismo, consignó que es importante tener presente que en casos como el colombiano, se ha debido reconocer en ciertos eventos la posibilidad de interrumpir el embarazo con base en la Constitución como respuesta a una norma penal que sanciona todo tipo de aborto, situación diversa a la chilena, en donde se requiere a lo menos de dolo directo. En otros términos, consideró que nuestra norma penal ya ha balanceado adecuadamente el derecho de la persona desde la concepción y los demás derechos de la madre.

En resumen y en base a los argumentos expuestos, opinó que la Constitución Política sí reconoce el carácter de persona al embrión y, en tal calidad, su derecho fundamental a la vida. Estimó que lo anterior es compatible, además, con lo que indican los tratados aplicables en la especie. Al contrario, no advierte cómo podría interpretarse

el artículo 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica para entender, si se quiere, que en la generalidad de los casos el embrión no es persona. Sin duda, dijo, esta interpretación errada requiere de un enorme esfuerzo interpretativo.

Enseguida, abordó el deber legal y de toda autoridad de proteger la vida del que está por nacer.

Expresó que alguna doctrina ha sostenido –lo que no comparte- que, de un lado, la Constitución reconoce la vida como derecho fundamental de las personas solo desde que nacen y, de otro, toma nota de la existencia de un interés jurídico de resguardar la vida del (o "lo que") que esté por nacer, pero entendiendo que en este último caso estaríamos ante un bien jurídico de menor entidad que un derecho fundamental.

Agregó que aun asumiendo esta posición, que estima contraria al derecho internacional, existiría un mandato claro para el legislador de resguardar la vida del que está por nacer, correspondiendo determinar su alcance para luego establecer si la presente iniciativa es respetuosa del mismo.

Estimó que desde el punto de vista del alcance de este mandato especial se hace necesario, además, volver a considerar lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta Fundamental, la que integra la misma con las normas de los convenios internacionales, entre ellos, el Pacto de San José de Costa Rica y la Declaración de los Derechos del Niño.

Sostuvo que, así, tal mandato obliga a proteger esta vida, lo que se traduce en que ella no puede verse afectada a menos que sea en virtud de otro derecho o interés de entidad superior. Afirmó que solo se puede afectar esta forma de vida si ello (i) es necesario para salvaguardar un derecho fundamental, y (ii) si no existe alternativa menos gravosa. Destacó que tiene el convencimiento de que el proyecto no satisface este umbral por las siguientes razones:

1.- El caso límite se presenta en la primera causal, donde existe de un lado la vida de la madre y del otro, la del producto de la concepción. En este caso, estimó que sin necesidad de despenalizar, no existirá sanción penal para quien opte en el caso extremo –de producirse- por la vida de la madre. No obstante ello, la existencia del tipo penal permite un adecuado efecto de prevención general –con lo que ello pueda implicar en cuanto a optimizar la protección del valor vida- y además, un control ex post de los hechos, que faculta a la autoridad a verificar las circunstancias. Expresó que es cierto que ello puede implicar asumir la carga de un proceso penal a quien se ha visto en estas complejas circunstancias, pero por doloroso que sea, ello es proporcionado con la relevancia de los bienes

jurídicos involucrados, en un contexto, además, donde estos procesos confieren amplias garantías a los participantes en ellos.

2.- En este punto rechazó por falaz la afirmación de que la criminalización del aborto es una forma de incumplir el mandato de proteger la vida del que está por nacer, pues si dicho argumento encuentra sustento, sería eventualmente en razón de la deficiente actividad policial y judicial, pero no del diseño legal.

Declaró que, evidentemente, la protección penal es una más de las alternativas del resguardo de la vida del que está por nacer, pero no la única, por lo que debe apalancarse con otras políticas destinadas a acompañar a la mujer.

Igualmente, no compartió el argumento de quienes sostienen que el uso de la herramienta penal requiere acreditar que no existe otra forma menos gravosa de lograr el mismo objetivo, pues en caso contrario, no es factible su uso. Ello por cuanto la herramienta penal no se funda solo en razones de prevención general, sino también de retribución al mal causado, lo que obliga a considerar la gravedad del bien jurídico que se ha dañado. Advirtió que la conclusión inversa entraña graves peligros para el derecho penal democrático.

En definitiva, señaló que este mandato especial a la autoridad de cuidar la vida del que está por nacer obliga a desplegar una actividad dirigida al efecto y que no puede haber omisión, teniendo como objeto de la misma a la propia madre, sin la cual no hay vidas que defender. Añadió que este mandato no da cuenta de que el derecho a la vida del embrión sea absoluto, pues no hay derecho que lo sea. Puede en ciertos casos tener que ceder este derecho en razón de otro derecho de igual entidad, pero en base a una norma que extreme la protección de la vida del que está por nacer y no parta ex ante rebajándolo.

A continuación, se refirió a la existencia de una colisión de derechos.

Reseñó que así como el embrión es persona y tiene el derecho fundamental a la vida, también lo tiene la madre, junto con otros como la dignidad y la libertad. Por ello, los casos que aborda el proyecto son típicamente eventos de colisión de derechos, que requieren la intervención judicial caso a caso. Ello, puesto que no puede dejar de reconocerse el valor de la vida, la dignidad y la libertad de la madre, en la especie, para entender que siempre se subordina, en toda situación, a la vida del que está por nacer.

Agregó que es errado considerar que desde la dictación de la ley N° 18.826 existe una obligación absoluta de la madre de

llevar el embarazo hasta el final. Es necesario, dijo, interpretar las normas del Código Penal sobre delito de aborto en forma sistemática, con otras normas del mismo texto normativo y, entre ellas, las propias sobre eximentes y atenuantes. Deben interpretarse las reglas chilenas al respecto, cuidando de importar irreflexivamente soluciones de otras latitudes con normas de base diferentes. Adujo que las disposiciones sobre eximentes -y en particular, la que regula el estado de necesidad- son mecanismos legales de solucionar colisiones de derechos como las que se producen tras los hechos que busca solucionar el proyecto, entregando al juez penal la facultad de revisar sus presupuestos.

Anunció que establecido que conforme nuestro ordenamiento constitucional se le reconoce al embrión el carácter de titular del derecho fundamental a la vida en tanto persona de la especie humana, correspondía analizar la situación que se produce en cada uno de los hechos que subyacen a las causales de aborto lícito que propone el proyecto.

En el caso de la primera causal, cabe decir que en la actualidad, los profesionales de la salud tienen todo el derecho -e incluso el deber, así como el derecho correlativo de la madre- a desplegar todas las medidas terapéuticas destinadas a salvar la vida de esta última en una situación de peligro. Si como consecuencia no prevista de ello se produce un aborto, dicha conducta no es delito hoy en Chile y por ello el proyecto no aporta nada. Por su parte, si dicha consecuencia -el aborto- ha sido prevista pero se intenta minimizar su posibilidad de ocurrencia, en lo que sea posible, tampoco se habrá cometido el delito de aborto.

Explicó que caso diferente es el que se produce cuando el aborto en sí mismo es la terapia que se practica para salvar la vida de la madre sin que existan terapias alternativas. Este es un evento de cierta ocurrencia, por ejemplo, en casos de embarazo ectópico, en donde no se tiene conocimiento de que no se proceda a resguardar la vida de la mujer. Como sea, este es el evento verdaderamente complejo donde, en todo caso, difícilmente se podrá concluir que ha existido aborto malicioso, sino que, más bien, operará una eximente. Sostuvo que acá, sin pretender ser experto en derecho penal, considera aplicable la eximente introducida el año 2010 en el Código Penal, cuyo artículo 10, número 11, dispone, luego de la reforma introducida por la ley N° 20.480, que está exento de responsabilidad criminal:

“11. El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.

2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.

3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.

4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa.”.

Explicó que en el caso de la segunda causal el análisis es diferente y, si se quiere, jurídicamente más simple. De un lado, se ha reconocido que no existe certeza médica completa del diagnóstico del feto y la misma depende de los medios tecnológicos disponibles, lo que además puede ser fuente de una discriminación. Indicó que de otro lado, en estos casos no existe una colisión directa de bienes jurídicos de la misma entidad, sino que de entidad diferente, a menos que se quiera desconocer el valor supremo de la vida humana para igualarlo a otros como la libertad o la dignidad, en alguna acepción. Finalmente, manifestó que de ser acertado el diagnóstico, la naturaleza hará su tarea y, en todo caso, un adecuado apoyo y monitoreo del embarazo de la madre hará que la misma no llegue a correr peligro alguno. Opinó que dejar abierta la posibilidad a la actuación de la naturaleza, en no en pocos casos ha demostrado cómo vidas humanas han logrado salir adelante. Así, aseguró que esta causal del proyecto no honra el mandato constitucional ni optimiza las posibilidades de respeto a los derechos.

Precisó que en el caso de la tercera causal, además del argumento sobre la jerarquía de los derechos que presentan colisión, que según cree obliga a privilegiar la vida, existen complicaciones adicionales. Entre ellas, las propias de aplicar la sanción a un ser inocente que, como tal, no es el que causa el dolor de la madre; el hecho de que puede ser una forma adicional de causarle perjuicios a esta última por la existencia de una decisión irreversible en un momento de extrema complejidad; de que puede encubrir delincuentes, etc.

Acto seguido, pasó a realizar un análisis crítico del proyecto en estudio.

En relación a la primera causal, relativa al aborto terapéutico, hizo notar lo que sigue:

i) El texto en análisis no se refiere, específicamente, al caso límite que se plantea como su justificación, esto es, que exista peligro para la vida causado por el embarazo o que sólo sea evitable mediante el aborto. El proyecto indica que debe existir riesgo vital

para la madre y que la interrupción del embarazo evite “un peligro” para su vida, lo que es amplio pues no se califica ni se establece la necesaria relación de causalidad de la dolencia, en una situación donde siempre el embarazo asocia situaciones de riesgo potencial. Opinó que esta técnica legislativa no puede estimarse como respetuosa del deber del legislador de proteger la vida del que está por nacer ni optimiza el respeto de la vida de la madre y el hijo en el contexto de una colisión de derechos;

ii) El texto no exige que no existan alternativas a practicar el aborto que puedan evitar el peligro para la madre o que las mismas sean menos gravosas.

La gran diferencia, dijo, es que el proyecto soluciona este problema por una vía simple, es decir, por medio de certificados y la norma de la eximente antes citada por una vía compleja que confiere más garantías, esto es, el procedimiento penal. Sucede que atendida la gravedad de los bienes jurídicos en juego, no parece desmedido que exista la posibilidad –se sabe, remota- en aquellos casos en que se presenten dudas, de tener que pasar por un juicio criminal del que se saldrá absuelto. Aún más, nuestro actual sistema procesal penal lo que ha hecho -entre otras cosas, al exacerbar la presunción de inocencia y sus efectos en él- es rebajar la carga asociada a ser parte de un procedimiento y ser finalmente absuelto. De otro lado, es propio del sentido común que una persona esté dispuesta a matar en legítima defensa al agresor de un ser querido y, luego, incluso ir a la cárcel, lo que jurídicamente no sucederá. Siendo así, sostuvo que reconociendo el dolor de las madres y familias pero siendo también respetuosos de la vida del que se encuentra por nacer, no resulta desmedido asumir la carga de tener que demostrar ante un juez, muy eventualmente, que ha operado esta eximente.

Así las cosas, expuso que es de la idea que el problema -que reconoce dramático- que intenta solucionar el proyecto en esta primera causal ya tiene una solución en nuestro derecho que impide que la madre y los profesionales de la salud deban ser penalizados, solución que es más eficiente en cuanto a extremar el resguardo de la vida del que está por nacer conforme obliga la Constitución. Siendo así, al modificar el proyecto esta protección que es compatible con el orden constitucional actual, el mismo deviene en inconstitucional pues la está disminuyendo.

A continuación, se refirió a la segunda causal, vinculada a la existencia de alteraciones del feto no compatibles con la vida.

A este respecto, manifestó que, formalmente, de la lectura del artículo propuesto como 119, número 2, del Código Sanitario en el proyecto, se advierte que la redacción no exige que la alteración estructural congénita sea de carácter letal, pues no existe una coma luego de la

expresión “genética”. Consideró que ello se agrava si se consideran las modificaciones al texto existentes en su tramitación.

De otro lado, connotó que la iniciativa no limita temporalmente la alternativa de tener que abortar.

Hizo presente que reconociendo el sufrimiento que puede involucrar para la madre y la familia la existencia de casos tan graves como los que se indican para fundar esta causal, ello se traduce en que, en el breve plazo, estas vidas terminan intrauterinamente, debiendo resguardarse la existencia de la madre en todo momento.

Acá lo que existe, añadió, es una colisión entre el derecho a la vida del que está por nacer -el interés de resguardarlo y el deber de la autoridad de hacerlo- y la autonomía y dignidad de la mujer, puesto que si es la vida, operaría la primera causal. Sin desconocer la relevancia de estos últimos derechos y libertades, señaló que no parecen tener primacía ex ante en relación a la vida del que está por nacer, agregando que es deber del Estado asegurar la protección a estas mujeres y, en su caso, extremar los esfuerzos para llevar adelante la viabilidad del producto de la concepción.

Sostuvo que no parece comparable esta situación a los elementos de facto que han hecho viable la legislación sobre muerte encefálica pues, en tal caso, ya han cesado previamente ciertas funciones de manera irreversible, existiendo plenitud de medios para su comprobación directa incluso en instalaciones hospitalarias de pocos recursos. En el caso que se analiza, señaló, la situación es claramente diversa.

Finalmente, si lo que subyace es un grave peligro para la vida de la madre, en el contexto del proyecto basta la primera causal y, en nuestro ordenamiento, sería un caso en donde podría operar la causal eximente de responsabilidad penal del estado de necesidad, sin que sea preciso aprobar el proyecto.

Luego, abordó la tercera causal, relativa al aborto por violación.

Sobre el particular, afirmó que por duro que sea, en este caso se presenta una colisión de derechos entre la vida del que está por nacer y la libertad y dignidad de la madre, que se ven afectados por el hecho de tener que llevar a término un embarazo. Planteado así, declaró, debe darse legalmente preeminencia a la vida del que está por nacer, junto con arbitrarse por el Estado -que ha faltado a su deber de dar seguridad a los afectados- los medios necesarios para apoyar a la madre en el proceso y, en su caso, en la entrega en adopción.

En este evento, indicó que se permitirá el aborto hasta los tres o tres y medio meses de gestación, sin que se haya podido establecer con un alto grado de certeza, acorde con la gravedad de la afección a la vida humana, que se ha producido una violación. Aún más, puede ni siquiera estar denunciado el presunto delito de violación -menos establecido como tal- aunque para efectos de practicar un aborto -privar el derecho fundamental a la vida al que está por nacer o, si se quiere, no cumplir el deber normativo de resguardarlo- baste con una denuncia y ciertos indicios.

Finalmente, destacó que el proyecto permite abortar el producto de la concepción que ha tenido lugar con motivo de la violación, lo que entraña otras dificultades probatorias que no se pueden soslayar y que son casi imposibles cuando no se conoce la persona del violador.

Una vez formuladas estas consideraciones, pasó a exponer sus conclusiones.

Indicó que la iniciativa se funda en ciertas ideas: i) la vida humana es un derecho fundamental, como también lo son los que conforman el conjunto de libertades y derechos propios de la dignidad humana, y ii) la vida del que está por nacer no es un derecho fundamental, dando cuenta su mención constitucional de un interés jurídicamente relevante, que se traduce en el mandato al legislador de protegerlo. Luego, el producto de la concepción no es titular de derechos fundamentales.

Sostuvo que a partir de esta conclusión inicial, el proyecto toma nota de ello y ecualizando derechos con intereses, procede a dar primacía a los primeros sin desatender del todo los segundos. Así, añadió, se concluiría que es posible constitucionalmente la aprobación del mismo. Declaró no compartir dicha conclusión, señalando que, aún más, solo quienes compartan esa posición inicial pueden concluir que la iniciativa es viable.

Al contrario, enfatizó que la actual Constitución Política, interpretada debidamente y en conjunción con los tratados en materia de derechos fundamentales que la complementan sin poder irse en su contra, solo permite entender que la vida humana comienza desde el momento mismo de la concepción, por lo que a su respecto se reconocen derechos fundamentales al embrión dentro del útero.

Consignó que, junto con ello, la Constitución toma nota de la imposibilidad del embrión de autotutelar sus derechos y de la existencia de un interés general en su protección, razón por la cual establece un deber especial del legislador -en realidad, de toda autoridad- de resguardarlo. Siendo un ser humano al que se le reconoce

constitucionalmente la vida, no corresponde afectar a su respecto la igualdad que consagran los artículos 1° y 19 número 2 de la Constitución, para subordinar en todo momento este derecho al de otro ser humano, entregando una opción.

Teniendo a la vista la normativa penal chilena y a partir de ella, dedujo que la iniciativa no es compatible con la Carta Fundamental por cuanto subordina derechos fundamentales de unos a favor de otros, ex ante. Expresó que, al contrario, por muy doloroso que sea, la herramienta penal constituye un instrumento razonable y proporcionado atendida la entidad de los bienes jurídicos en juego -la vida humana- que puede y debe hacerse cargo de las situaciones de colisión de derechos así como de aquellos casos de desesperación, en donde la libertad desaparece en los hechos que en la realidad puedan producirse. En este sentido, sin necesidad de despenalizar el aborto en base a causales, se mostró convencido de que el marco normativo actual entrega herramientas para que ninguna mujer pueda ser privada de un tratamiento que salve su vida o para que deba pagar con cárcel en caso de un aborto en situaciones sicológicas críticas. Agregó que las exigencias de la tipicidad de una conducta para ser sancionada penalmente, en conjunto con la institución del estado de necesidad o la imposibilidad de sancionar a una persona a la que no puede exigirse una actuación distinta en concreto conforme a derecho, permiten hacerse cargo caso a caso de las circunstancias que pretende justificar el proyecto.

Advirtió que queda, sin embargo, la eventual posibilidad de tener que enfrentar un proceso criminal, la que en sí misma es dolorosa. No obstante ello, comentó que la humanización de las instituciones del derecho procesal penal así como la presunción de inocencia deberían aminorar esta carga, la que, en todo caso, se hace ineludible y proporcionada para situaciones como ésta, donde se encuentra la vida humana comprometida.

Estimó que esta fórmula permite optimizar los derechos de las mujeres madres en conjunto con los de la persona en sus etapas tempranas, sin entregar la señal de despenalización –o de hacer lícitas conductas que antes no lo eran- con el consiguiente efecto social, atendido el carácter docente que conocidamente ha tenido la ley en Chile. En esta línea y para mayor consistencia con ella, cerró su intervención con los siguientes comentarios:

- Debe modificarse el Código Penal y colocarse la regulación del delito de aborto directamente en el capítulo propio de los derechos de las personas, sacándolo del relativo al “Orden de las Familias”, y

- Cabe eliminar la atenuante del delito de aborto relativa a proteger la honra de la mujer.

Finalmente, opinó que esta forma en que nuestra Constitución reconoce los derechos de todas las personas, nacidas o no, impone a la sociedad en primer lugar, y al propio Estado en segundo, importantes deberes en la prevención de los delitos, la acogida de las nuevas vidas, la protección de la mujer, la maternidad y las adopciones.

Terminadas estas exposiciones, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra a los señores Senadores presentes.

El Honorable Senador señor Larraín manifestó que las intervenciones escuchadas fueron sólidas y agradeció la contribución que cada una de ellas significa. Presentó, sin embargo, dudas respecto a la afirmación reiterada por varios de los expositores que señalaron que el *nasciturus* no es persona y que, por lo tanto, no tendría derecho a la vida. Tomando como base la aseveración anterior, preguntó por qué habría que restringir el aborto solamente a tres causales.

Agregó que la razón para defender el embrión viene dada porque el nonato es persona, de lo cual pueden derivar colisiones de derechos. Sostuvo que el mandato constitucional dispone qua la ley debe proteger la vida del que está por nacer y consultó si ese objetivo se logra si se otorga un derecho a la madre para que voluntariamente, en ciertas hipótesis, pueda prescindir de la vida del hijo que no ha nacido.

Excluyó de lo anterior la primera causal considerada por el proyecto, porque en el caso del aborto terapéutico se interviene quirúrgicamente a la mujer dado que su vida está en peligro, lo que puede traer como consecuencia indirecta el cese de la vida del que se encuentra en el vientre materno. Precisó que en tal caso no se está en presencia de una acción deliberada destinada a poner fin a la vida del nonato. A la vez, recordó que el aborto terapéutico no se encuentra prohibido ni menos penado, haciendo presente que ninguna persona ha sido sancionada por dicho tipo de interrupción del embarazo.

El Honorable Senador señor Harboe agradeció las exposiciones y los argumentos ofrecidos en esta oportunidad.

Manifestó que se ha afirmado que el proyecto en estudio ha variado su contenido y que hoy se permitiría la interrupción del embarazo no solo cuando esté en riesgo la vida de la madre o se esté en presencia de inviabilidad fetal, sino que también cuando el nonato padezca

una enfermedad. Consideró que esto último es extremadamente delicado puesto que el proyecto no contempla dicha situación.

Recordó el estudio del exministro del Tribunal Constitucional, señor Eugenio Valenzuela, denominado “Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional”, en el que indica que: “Los principios hermenéuticos aplicables para interpretar la Constitución son más amplios que los que rigen las leyes. No debe olvidarse que la Carta Fundamental, en virtud del principio de jerarquía normativa, está por sobre las disposiciones de interpretación de las leyes establecidas en el Código Civil.”. Agrega dicho informe que: “Los principios hermenéuticos clásicos de interpretar la ley, consagrados en los artículos 19 al 24 del Código Civil, son insuficientes para hacer lo propio con nuestra Constitución.”.

Precisó que no hay autores que cuestionen la existencia de vida desde la concepción, añadiendo que la discusión radica en si esa vida se considera persona o no y desde cuándo. Ese punto, dijo, es el debate central de la presente iniciativa.

Reafirmó que es la propia Declaración sobre el Aborto de la Santa Sede, del año 1974, la que establece que se carece de los conocimientos científicos suficientes para determinar cuándo esa vida se transforma en persona. A la vez, hizo presente que hay fallos en la jurisprudencia del derecho internacional y en el derecho comparado donde se hace referencia a la incapacidad de la ciencia de poder definir el momento en el cual el nonato se transforma en persona.

Por otra parte, enfatizó que no está en el ánimo de esta tramitación la idea de consagrar el aborto libre, sin necesidad de causa.

La profesora señora Gauché señaló que cuando se invoca la afirmación de que la ley protege la vida del que está por nacer, ella no está implicando que se considere al *nasciturus* como persona. Destacó que no se está hablando de una mujer y de un niño y recordó la declaración que se formula en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, según la cual "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". Esta última, precisó, fue fruto de una negociación diplomática propia del proceso de suscripción de los tratados internacionales. Agregó que la señalada Convención no indica en qué momento comienza la vida, sino que más bien precisa hasta cuándo se es niño. Esta discusión, dijo, involucra derechos que pertenecen a las personas y las únicas que lo son en todo el sentido del término -sea moral, ético, biológico, jurídico-, son las mujeres, por lo tanto, ellas serían las únicas titulares del derecho a la vida.

Advirtió que centrar la discusión solo en el texto de la Constitución supone despreocuparse de aquello que se quiso hacer con la reforma constitucional del año 1989. En ese sentido, consideró interesante que el país tenga una posición de coherencia legislativo-política en el actuar interno e internacional, pues no se pueden invocar o aplicar los tratados internacionales solo cuando son de nuestro agrado.

Subrayó que si bien se discute que el estatus del fallo Artavia sea un *obiter dictum*, lo cierto es que en el derecho internacional existe una serie de pronunciamientos de dicha naturaleza y nadie los ha objetado. Precisó que un ejemplo se encuentra en el fallo recaído en el caso conocido como Barcelona Traction, donde se sentaron las bases según las cuales bajo el derecho internacional público la protección diplomática de un Estado produce efectos *erga omnes*.

La Subsecretaria de Derechos Humanos, señora Lorena Fries, aclaró que ha habido una evolución en el proyecto de ley en estudio. Destacó que en el caso de la segunda causal, ésta se ha restringido, ya que inicialmente permitía interrumpir un embarazo cuando: "2.- El embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina.". En este momento, agregó, la autorización solo cubre el caso de que el embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética de carácter letal.

El profesor señor Avilés agradeció la aclaración hecha por la señora Fries y comentó que la iniciativa originalmente disponía que la alteración estructural congénita debía ser incompatible con la vida extrauterina, lo que se ha eliminado. Precisó que, actualmente, el texto de la segunda causal alude al embrión o feto que padezca una alteración estructural congénita o genética de carácter letal. Interpretó que dichal alteración estructural congénita no debe reunir la característica de ser letal, a menos que se le introduzca una "coma" a continuación de la expresión "genética".

Añadió que le parece muy atendible lo expresado por El Vaticano, añadiendo que existen muchas concepciones morales y que dicha institución tiene la suya. Estimó como ineludible para el ordenamiento jurídico en el caso chileno definir desde qué momento comienza la persona humana y connotó que nuestra Carta Fundamental, tomando en consideración los principios que señalara precedentemente, no ha soslayado dicha definición. Según su parecer, para la Constitución Política la persona humana es tal desde la concepción. Por lo tanto, consignó que lo que queda es un problema de colisión de derechos.

Contestando al Honorable Senador señor Larraín respecto a si es compatible una causal de aborto con la obligación del

legislador de proteger la vida del que está por nacer, advirtió que podría serlo solo en la medida en que se establezca que no existe una mejor solución.

Hizo presente que era relevante lo que señala el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño para poder entender qué se entiende por niño y también para comprender que se le reconoce una protección tanto antes como después del nacimiento.

El profesor señor Zapata manifestó que es inevitable que el sistema jurídico ofrezca alguna definición sobre el momento en que el sujeto comienza a ser titular de derechos y hasta cuándo los puede ejercer. Agregó que si el legislador quiere discutir una ley de trasplante, debe necesariamente definirse en qué momento se produce la muerte. En este caso, añadió, debe precisarse desde cuándo estamos en presencia de una persona, lo que corresponde a una definición que debe tomar el ordenamiento jurídico, el cual debe contar con un concepto de persona que dé tranquilidad. Expresó que así como en el derecho civil existe un concepto de persona que tiene que ver con la naturaleza de esa rama del derecho, el derecho constitucional debe hacer lo propio.

Respondiendo al Honorable señor Larraín en cuanto a que si el nonato no es persona, por qué no permitir el aborto libre, **la profesora señora Zúñiga** consignó que su posición ideológica personal es a favor de esa opción. No obstante, añadió que este debate discurre solamente sobre tres situaciones muy determinadas. Advirtió que la discusión en clave de aborto libre se produce en sede de autonomía procreativa y que el debate basado en un sistema de permisos involucra una serie de otros derechos.

Añadió que la cláusula de contenido esencial en el sistema chileno se aplica a todos los derechos, lo que es importante porque las causales números 2 y 3 comprometen el derecho a no sufrir torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Aseveró que hay cierto paralelismo entre el derecho antes mencionado y el derecho a la vida, porque ninguno puede cumplirse en mayor o menor grado. Expuso que, siendo así las cosas, existe un conflicto entre dos reglas que no son susceptibles de balancearse sin entrar en la determinación del valor de las vidas que están involucradas. Sostuvo que si se produce un incendio y hay un conjunto de embriones que tienen el riesgo de perderse y además está en peligro la vida de una mujer, seguramente la mayoría decidirá salvar a esta última.

La profesora señora Vivanco adujo que en este debate es necesaria una definición de cuándo estamos frente a una persona, cosa que el proyecto no hace. Planteó que en el afán de responder a esta pregunta, puede llegarse a una situación muy extraña en cuanto a la causal número 3 del proyecto, porque ella admite el aborto hasta las 12 semanas y,

tratándose de una niña menor de 14 años, hasta las 14 semanas de gestación, lo que de alguna manera lleva a considerar que la calidad de persona diría relación con el desarrollo nervioso o con la capacidad sensible del embrión.

Remarcó que si no nos hacemos cargo de cuál es el concepto de persona, podría generarse una serie de respuestas según sea la causal a aplicar, porque, por ejemplo, si el sujeto tiene una malformación genética de carácter letal no sería persona nunca y se le podría abortar en cualquier momento. Y si se trata de la causal número 3, el nonato estaría más protegido una vez que cumpla las 12 o 14 semanas, según sea el caso.

Coincidió con el Honorable Senador señor Larraín en cuanto a que la causal número 1 no se encuentra penalizada e incluso está admitida constitucional y legalmente con el cumplimiento del deber médico y de la *lex artis.*

Por otra parte, aclaró que el padre del *nasciturus* no podría impedir que la mujer interrumpa el embarazo en caso de riesgo vital, porque no puede disponer de la vida de ella. Tratándose de la causal número 2 y si él quisiera poner término al embarazo, no se podría descartar de plano de dicha opción si se entiende que existe una mínima equidad en materia de derechos sexuales y reproductivos.

Complementando a la profesora señora Gauché, **la profesora señora Casas** recalcó que en la negociación de la Convención sobre los Derechos del Niño, El Vaticano y Argentina propusieron incluir la frase ya citada en el Preámbulo de la misma y que el resto de los países lo que hizo fue afirmar que el concepto de niño comienza con el nacimiento.

En relación a la causal que permitiría interrumpir el embarazo cuando la mujer se encuentra en riesgo vital, relató que conoció a una mujer que fue condenada a una pena de 3 años y 1 día de privación de libertad, la cual tenía una condición que le impedía mantener un embarazo. Estando embarazada, ella se practicó un aborto clandestino, a causa del cual sufrió una histerectomía total, se necrosó parte de su cuerpo y sufrió la amputación de un brazo. Ninguna de las eximentes de responsabilidad penal, agregó, le fue reconocida.

Sesión del 22 de noviembre de 2016

En esta oportunidad, se escucharon las exposiciones de los profesores señores Miguel Ángel Fernández, Álvaro Ferrer y Antonio Bascuñán.

En primer lugar, se ofreció la palabra al **Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señor Miguel Ángel Fernández.**

El señor Fernández comenzó su intervención agradeciendo la invitación de la Comisión a dar su opinión acerca del proyecto de ley en estudio desde el punto de vista del Derecho Constitucional.

Atendido el mandato de esta Comisión, manifestó que se ceñiría a la cuestión de constitucionalidad sustantiva que plantea la iniciativa, sin referirse circunstanciadamente a su contenido preciso, el cual consideró que también merece reparos relevantes desde otros ámbitos jurídicos, incluyendo el propio Derecho Constitucional.

Anunció que para cumplir dicho cometido, examinaría, primeramente, el sentido y alcance de la iniciativa y, en seguida, explicaría cómo ella pugna con lo dispuesto en los numerales 1° y 2° del artículo 19 de la Constitución, considerando el texto que ha sido propuesto por la Comisión de Salud del Senado con fecha 13 de septiembre de 2016.

I. Sentido y alcance

Indicó que el proyecto comienza proponiendo la sustitución íntegra del artículo 119 del Código Sanitario, que, en la actualidad, preceptúa que no puede ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto. Lo que se propone es disponer que, mediando la voluntad de la mujer, un médico cirujano se encontrará autorizado para interrumpir un embarazo cuando:

1) La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.

2) El embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética de carácter letal.

3) El embarazo sea resultado de una violación, en los términos del inciso tercero del artículo siguiente, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación.

Se preguntó que si el propósito del proyecto de ley es despenalizar la interrupción del embarazo solo en esos tres casos, por qué, entonces, se reemplaza totalmente el actual artículo 119 del Código Sanitario, en lugar, por ejemplo, de mantener la prohibición hoy vigente –que es claramente consistente con el imperativo constitucional impuesto a la ley

en orden a proteger al que está por nacer- e incorporar estas tres causales como lo que son, es decir, excepciones a esa regla general.

1. Naturaleza jurídica

Expuso que la genuina naturaleza de la iniciativa, lejos de despenalizar, es legalizar la interrupción voluntaria del embarazo al menos en esos tres casos y en muchos otros que puedan subsumirse en ellos, todos los cuales son imposibles de visualizar hoy por el legislador, pero no es aventurado sostener que así será, pues esa ha sido, sin excepción, la experiencia en el derecho comparado.

Expresó que, en efecto, al sustituir y eliminar la prohibición hoy vigente, es inevitable que la interpretación y aplicación extensiva de los tres casos referidos –que ya no serán la excepción a una regla prohibitiva- conducirá, inevitablemente, a cobijar bajo ellos numerosos otros casos o hipótesis de aborto, porque tal como lo ha señalado Pedro Serna en el libro “El derecho a la vida”: “(…) la despenalización contribuye a difundir en el imaginario social una relativización del valor de la vida, con las consecuencias que ello comporta.”.

Indicó que lo anterior no es una cuestión meramente especulativa y carente de secuelas constitucionales, sino que muy por el contrario, tal forma de legislar (cualquiera sea la naturaleza que se le atribuya al que está por nacer) es una vulneración del mandato imperativo que la Carta Fundamental impone al legislador en su artículo 19, N° 1°, inciso 2°, en orden a tener que proteger al que está por nacer, pues resulta no solo posible, sino que certeramente probable que legislar en el sentido propuesto conlleva una *capitis diminutio* de la protección legislativa de aquel, lo que es, desde luego, inconstitucional.

Agregó que cuando se hace desaparecer la norma hoy prevista en el artículo 119 del Código Sanitario y se la sustituye por las tres causales que autorizan a interrumpir el embarazo sin consecuencia jurídica alguna, es evidente que se está desprotegiendo o desamparando al que está por nacer, independientemente incluso de cuál sea la categoría que se le reconozca, de si se estime que se trata de una persona o se lo considere, como lo hace la señora Presidenta de la República en su Mensaje, un bien inconmensurable.

2. Prestación de salud

Recordó que, acto seguido, la iniciativa se ocupa de regular la aplicación de las tres causales, por ejemplo, para establecer que, tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo, en caso de violación podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación; que la mujer debe manifestar en forma

expresa, previa y por escrito su voluntad de interrumpir el embarazo, salvo casos de minoría de edad o incapacidad que se regulan especialmente, y se establece también la obligación del centro de salud de proporcionarle información veraz sobre las características de la prestación médica de que será objeto, incluyendo alternativas a la interrupción del embarazo, sin influir en la voluntad de ella y ofreciéndole acompañamiento.

Enfatizó que es relevante esta última norma, pues cualifica la interrupción del embarazo como una prestación médica, no debiendo olvidarse que, conforme a su sentido natural y obvio y de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, una prestación es una “cosa o servicio exigido por una autoridad o convenido en un pacto” y, con mayor precisión, también quiere decir “cosa o servicio que alguien recibe o debe recibir de otra persona en virtud de un contrato o de una obligación legal”.

Subrayó que se confirma, de esta manera, que el proyecto no es genuinamente de despenalización, sino que de legalización, avanzando por el sendero contrario al que exige la Constitución cuando obliga al legislador a proteger al que está por nacer, pues la práctica del aborto no es optativa o voluntaria para el prestador, sino que pasa a ser obligatoria, como quedará ratificado al incorporarse por el propio proyecto la objeción de conciencia que sólo adquiere sentido para evitar el cumplimiento de deberes legales.

Consideró que cada una de las causales, cualquiera sea su redacción, en definitiva abre insospechadas alternativas que terminan extendiendo su radio de aplicación a situaciones variadas y que, evaluadas sin la rigurosidad que hoy puede suponer el legislador, van a conducir a validar innumerables casos de aborto.

Indicó que por eso, no solo es innecesario positivizar o intentar positivizar, en la primera causal, la práctica médica del denominado doble efecto, sino que legislar sobre ello es de suyo debilitar la protección del que está por nacer. De este modo, junto con tratarse de una técnica legislativa cuestionable y del todo inútil, que invadirá y afectará una praxis médica suficientemente asentada y que no plantea problema alguno, provocará la inconstitucionalidad de dicha causal, pues –reiteró- no hay duda que allí está el germen de toda forma de aborto.

3. Regulación

Prosiguiendo con el texto de la iniciativa, connotó que en un nuevo artículo 119 bis se dispone que, en el caso de la primera causal, resulta menester contar con el respectivo diagnóstico médico; en el de la segunda, el diagnóstico tiene que ratificarse por el médico que cuente con las habilidades específicas requeridas, por escrito y en forma previa,

salvo que se requiera una intervención inmediata e impostergable o que se trate de un embarazo ectópico; y tratándose de la tercera, se dispone que un equipo de salud especialmente conformado confirmará la concurrencia de los hechos que la constituyen y la edad gestacional, informando por escrito a la mujer o a su representante legal, según sea el caso, y al jefe del establecimiento hospitalario o clínica particular donde se solicita la interrupción.

Agregó que en el cumplimiento de su cometido, este equipo deberá dar y garantizar a la mujer un trato digno y respetuoso.

4. Objeción de conciencia

Expuso que, por su parte, el artículo 119 ter autoriza al médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo a abstenerse de realizarlo cuando haya manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa, generando en la entidad la obligación de reasignar otro médico cirujano o de derivar a la paciente.

Declaró que, por cierto, estamos aquí en presencia de nuevas inconstitucionalidades. En efecto, por una parte, al configurar una diferencia arbitraria que no reconoce esa misma posibilidad al resto de los integrantes del equipo médico y a otros trabajadores del establecimiento de salud, como si la conciencia de ellos fuera diversa o de entidad menor que la del médico cirujano, y de otra, imponiendo una exigencia (la previa formalización por escrito) que no se condice con el ejercicio de un derecho fundamental, como es la libertad de conciencia que garantiza el artículo 19, N° 6°, inciso primero, ni con los derechos de los trabajadores que se aseguran en el numeral 16°, porque pugna con la preceptiva constitucional formular exigencias de esta naturaleza que pueden situar al facultativo o a su equipo en posición de no acceder o de perder su trabajo cuando la institución de salud no goza de la exención que asiste a algunas de ellas vinculadas con la denominada objeción de conciencia institucional.

Hizo presente que nuestra Carta Fundamental y el desarrollo que ha venido experimentando la legislación laboral van, precisamente, en sentido contrario, esto es, manteniendo fuera del escrutinio del empleador y de terceros las convicciones más íntimas de los trabajadores, salvo que él decida expresarlas, por ejemplo, al enfrentarse al requerimiento de practicar un aborto y, en ese caso, proceda a explicitar su impedimento de conciencia.

Apuntó que si a esto se añade la completa omisión del proyecto de ley respecto de la objeción de conciencia institucional, entonces, es muy delicada la situación de los derechos laborales. Añadió que

ciertamente, la objeción de conciencia institucional despeja toda duda para las personas que trabajan en la institución respectiva acerca que, en ese centro de salud, no se practican abortos, dejándolas en situación de no tener que explicitar en ningún sentido sus convicciones, pues es el establecimiento el que determina la exclusión de esa práctica y, obviamente, las personas que allí laboran no pueden sino adherir a esa decisión o, en cualquier caso, no actuar en contra de ella.

Advirtió que, en cambio, es lesivo de los derechos de los trabajadores exigirles una declaración previa explícita que los fuerce a revelar su posición íntima en un tema sensible, salvo que voluntariamente decidan hacerlo cuando el centro de salud no está amparado en la objeción institucional.

Destacó que lo que sucede, en definitiva, en los tres comentarios que efectuó -restricción solo al médico cirujano, exigencia de constancia escrita previa y total omisión de la objeción institucional-, es que el proyecto razona como si fuera él quien está “creando” el derecho a objetar.

Destacó que la libertad de conciencia está asegurada por la propia Constitución en su artículo 19, N° 6°, inciso 1°, a todas las personas, sean naturales o jurídicas, vinculándose estrechamente con la prohibición de discriminación en su N° 2°; con la libertad de expresión en el numeral 12° y, si es del caso, con la libertad religiosa conforme al mismo N° 6°.

Aclaró que es cierto, asimismo, que aquella objeción emanada de esta libertad solo resulta admisible en situaciones extraordinariamente excepcionales, bajo supuestos o condiciones exigentes y para casos graves que permitan eximir del cumplimiento de una obligación legal a quien pueda ver su conciencia violentada, como sucede precisamente -y en esto no hay duda alguna-, en el caso del aborto.

Finalmente, connotó que la admisión, aunque defectuosa e inconstitucional, de la objeción de conciencia en el proyecto es una prueba adicional que no está despenalizando, sino legalizando el aborto. ¿Qué deber legal cabe dispensar mediante la conciencia, se preguntó, si todo lo que pretendiera la iniciativa fuera no castigar penalmente a quienes intervengan en el aborto cuando se trata de una de las tres causales?

La verdad sea dicha, añadió, el proyecto está creando entonces un deber de practicar el aborto en esos tres casos y no solo está restando la antijuridicidad criminal que hoy pesa sobre aquella conducta, máxime si en el caso de la primera causal, ni siquiera en la actualidad se trata de una conducta penalizada.

Agregó que en cualquier caso, el proyecto señala que la objeción no surtirá efecto alguno cuando la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable en el caso de la causal del número 1) del artículo 119 y no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención.

5. Naturaleza de la actividad abortiva

Confirmando que la actividad regulada en la norma sigue siendo antijurídica, hizo notar que, a su turno, el artículo 119 quáter, aunque no vaya a merecer sanción alguna, prohíbe estrictamente la publicidad sobre la oferta de centros, establecimientos o servicios, o de medios, prestaciones técnicas o procedimientos para la práctica de la interrupción del embarazo en las causales del artículo 119.

Consignó que, por lo mismo, dicha actividad abortiva no puede tener naturaleza económica, es decir, no cabe percibir contraprestación alguna por su realización, sea o no lucrativa, desde que el artículo 19 N° 21° de la Constitución prohíbe absolutamente las actividades de esa especie cuando son contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, lo cual es corroborado por otra disposición de la iniciativa que propone incorporar el siguiente artículo 345 bis al Código Penal:

“El que facilitare o proporcionare a otro cualquier órgano, tejido o fluido humano proveniente de aborto o interrupción del embarazo, será penado con presidio menor en su grado máximo, y en el caso de los facultativos médicos se impondrá la pena accesoria de inhabilitación especial del ejercicio de la profesión durante el tiempo de la condena.

Cuando la conducta señalada en el inciso anterior fuere realizada por un facultativo médico en los casos de interrupción del embarazo autorizados por tribunales, la pena se aumentará en un grado y se impondrá la accesoria de inhabilitación especial perpetua para el ejercicio de la profesión.”.

Destacó que también se modifica dicho Código para adecuarlo a la despenalización que se plantea, especialmente en sus artículos 344 y 345.

6. El proyecto no establece limitaciones ni pondera

Manifestó que en el marco de la iniciativa, es importante pronunciarse sobre el carácter de la regulación que ella contiene desde el ángulo constitucional, para evaluar certeramente si se apega o no a la Carta Fundamental.

En este sentido, expresó, se puede pensar que el proyecto pretende resolver el conflicto entre los derechos que la Constitución asegura a la madre (tales como la vida, la protección de la salud, la privacidad o la integridad física y síquica) y la continuidad en el desarrollo del que está por nacer o, para quienes así lo consideran, su derecho a la vida, que merece especial protección por mandato expreso de la Constitución al legislador, y la solución consistiría en limitar este último en las tres hipótesis previstas en el proyecto.

Empero, agregó, lo que dispone la iniciativa no es una limitación, es decir, ella no restringe o comprime a espacios o ámbitos menores el ejercicio de un derecho, pues nada se acota o disminuye en el derecho a la vida del *nasciturus* o en su desarrollo intrauterino, sino que la "solución" legislativa es la pérdida completa y total del que está por nacer. No su limitación, sino su absoluto y completo desaparecimiento.

Enfatizó que el hecho de que no se diga que es una restricción porque la regla se aplica solo en tres casos y no a todas las demás hipótesis de desarrollo de la vida fetal porque la compresión de la "solución" nada más que a tres causales, no es configurativa de una limitación, sino de excepciones a la regla general que exigen la protección de este bien inconmensurable por expreso mandato constitucional.

En otras palabras, afirmó que el proyecto, no hallándose en el ámbito de las limitaciones, no es acertado y que el hecho de examinarlo desde esa perspectiva conducirá a errores impensados, por ejemplo, para tratar de aplicar al pretendido conflicto entre el derecho de la madre y la vida del que está por nacer los mecanismos de jerarquización o ponderación para intentar resolverlo.

Antes y al contrario, añadió, más bien de lo que se trata es de reconocer que, siguiendo la lógica del proyecto, son compatibles los derechos de la madre con el deber de proteger al que está por nacer, salvo en los tres casos incluidos en el nuevo artículo 119 del Código Sanitario y en estas tres situaciones, entonces, la "solución" de la iniciativa es acabar con el desarrollo del nonato, si así lo decide la madre y si se cumplen las demás condiciones que el resto de la preceptiva hoy en tramitación contempla.

En consecuencia, aclaró que la duda constitucional que tiene que resolverse es si el legislador puede establecer casos en que no se proteja al que está por nacer, tal como lo hace el proyecto de ley, porque no hay consecuencia jurídica alguna para ejecutar una conducta que, salvo en esas tres hipótesis, se encuentra sancionada incluso penalmente.

Afirmó que la iniciativa –que elimina totalmente la prohibición hoy contenida en el artículo 119 del Código Sanitario- legaliza el aborto al menos en los tres casos que ella contempla, los cuales, como muestra la experiencia comparada, constituyen el supuesto para validarlo y extenderlo a muchas otras situaciones, como ha sostenido la doctrina comparada, más precisamente Jorge Lafferiere, quien en "Implicancias Jurídicas del Diagnóstico Prenatal. El Concebido como Hijo y Paciente" señala:

"Se plantea, entonces, la cuestión de si la vía idónea para la tutela del bien "vida humana" del concebido es la vía penal (…).

La importancia de la vida humana como bien jurídico exige la tutela penal (…).

La ineficacia de la despenalización para la disminución del número de abortos (…) donde se ha despenalizado el aborto crece el número de abortos legales (…).".

Remarcó que aun cuando se tratara realmente solo de una despenalización, es indispensable constatar que el proyecto no introduce o regula una limitación al deber legislativo de proteger al que está por nacer, sino que configura tres casos en que no existe tal defensa, fundados en el amparo de los derechos de la madre.

Se preguntó si esta solución se ajusta a la Constitución.

II. Reconocimiento de la protección constitucional del *nasciturus*

Expresó que como bien lo sabe la Comisión, la interpretación que siempre se ha dado en Chile a la normativa constitucional frente a la situación específica del *nasciturus*, es que éste se encuentra directamente protegido por la Carta Fundamental.

1. Decisiones

Recordó que así lo han declarado, sin ir más lejos, el poder constituyente derivado, a raíz de los cambios introducidos a la Carta Fundamental el 16 de junio de 1999, y la Corte Suprema, en el caso de la denominada píldora del día después.

Lo mismo, como también se sabe, hizo el Tribunal Constitucional en la sentencia pronunciada el 18 de abril de 2008, igualmente a propósito de la píldora referida, en que expresa:

"(...) 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 –como ha sido afirmado en estos autos-, 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".

Enfatizó que idéntico sentido ha sido considerado por el legislador, naturalmente en 1989, al derogar el denominado aborto terapéutico y, luego, en la ley N° 20.120, que regula la investigación científica en el ser humano y su genoma y prohíbe la clonación humana, cuyo artículo 1° dispone que:

"Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas.".

Por último, destacó que debe recordarse igualmente la ley N° 20.418, que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, dictada precisamente a raíz de los pronunciamientos contrarios –que se han extractado- en relación con la píldora del día después.

Dicha norma legal estableció, en su artículo 1°, el derecho de toda persona a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad, en forma clara, comprensible, completa y, en su caso, confidencial. Pero, naturalmente, lo garantiza solo respecto de todas las alternativas que cuenten con la debida autorización, esto es, aquellas que por ser respetuosas de nuestro ordenamiento jurídico, son aprobadas por la autoridad competente.

Agregó que el artículo 2° contempla un segundo derecho, esta vez a elegir libremente, sin coacción de ninguna clase y de acuerdo a sus creencias o formación, los métodos de regulación de la fertilidad femenina y masculina, pero reitera que debe tratarse nada más que de aquellos que cuenten con la debida autorización. Al mismo tiempo, el artículo 4° impone a los órganos de la Administración del Estado poner a disposición de la población los métodos anticonceptivos que cuenten con la debida autorización y agrega, para despejar cualquier atisbo de incomprensión, lo que sigue:

“En todo caso, no se considerarán anticonceptivos ni serán parte de la política pública en materia de regulación de la fertilidad, aquellos métodos cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto.”.

Consignó que, en consecuencia, también el legislador, cuando ha debido adoptar regulaciones que inciden en la protección del que está por nacer, ha considerado que se encuentra amparado no solo por la ley, sino que directamente por la Constitución, de tal manera que adoptar una normativa que pudiera entenderse que lo desprotege sería inconstitucional.

2. Posición de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado

Hizo presente que atendida la invitación que esta Comisión le formulara, era importante sistematizar la posición que aquella ha tenido en relación a la situación del *nasciturus*, la cual fue especialmente manifestada y debatida cuando informó acerca de la constitucionalidad del proyecto de ley ya aludido, sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de fertilidad, contenido en el Boletín N° 6.582, actual ley N° 20.418, particularmente frente a la sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 740.

Hizo presente que se constata en el informe respectivo que hubo un intercambio de opiniones en la Comisión en cuanto a si la iniciativa contrariaba o no la sentencia referida. Por una parte, la posición de los exsenadores señora Alvear y señor Chadwick y, por otra, la de los exsenadores señores Gómez y Muñoz. Así, la exsenadora señora Soledad Alvear manifestó que el objeto de la discusión debería ser cómo legislar sobre los derechos de las personas, sobre su fertilidad, sin que posteriormente se produzcan impugnaciones que deba resolver el Tribunal Constitucional:

“(…) Para evitar ello, agregó, estima adecuado el establecer en el proyecto una norma que expresamente excluyera, de entre los métodos anticonceptivos, cualquier sustancia cuya ingesta provoque de forma directa un aborto”.

Consideró interesante mencionar que quien en ese entonces era Jefe del Departamento de Asesorías Jurídicas del Ministerio de Salud, indicó que: “(…) el criterio general de la provocación directa del daño es el que siempre ha tenido en consideración el Ministerio para sus políticas.”.

Explicó que todos los fármacos tienen efectos secundarios y pueden generar consecuencias no deseadas en un porcentaje pequeño de la población, aunque se tomen todas las medidas del caso.

A manera de ejemplo, mencionó las políticas de vacunación en las que está demostrado que un porcentaje infinitesimal de la población puede tener reacciones muy adversas, aun cuando el beneficio directo que se obtiene para la gran mayoría de la población consistente en el fortalecimiento de las defensas ante las enfermedades, hace que esa política se implemente. Subrayó que no es posible exigir absoluta inocuidad a un medicamento o a una política de salud, porque si se opta por esa vía simplemente la medicina no es posible.

En razón de lo anterior, propuso considerar que queden excluidos de la definición de método anticonceptivos aquellos que directa y conocidamente provoquen aborto y no los que, bajo circunstancias adversas del paciente o mal administrados, tengan ese posible efecto secundario, porque de lo contrario sería necesario prohibir una infinidad de medicamentos para las más variadas dolencias, que estén contraindicados a las mujeres embarazadas por sus posibles efectos secundarios.

Por su parte, el exsenador don Andrés Chadwick manifestó que:

“(…) la Carta Fundamental obliga al legislador a proteger la vida del que está por nacer, lo que se materializa en el mandato de instauración de normas legales que protejan las conductas que favorecen la natalidad y en la obligación de establecer, en el ordenamiento jurídico, reglas que proscriban las acciones que interrumpan o dificulten la vida del no nato.

Señaló que estas conductas alentadas o prohibidas son acciones que por su propia naturaleza tienden a favorecer o a atacar la existencia del concebido, respectivamente, sin que sea relevante para ningún efecto la intención del agente, por lo que, por ejemplo, deben proscribirse todas las conductas que propendan al aborto aunque la intención de quien las realice no se encamine a ese fin, ya que el mandato de la Constitución es proteger, de forma objetiva, la vida del que está por nacer, y no favorecer las meras buenas intenciones al respecto.”.

A su turno, el exsenador señor José Antonio Gómez sostuvo que el fallo del Tribunal Constitucional era muy específico, porque estableció qué partes del Decreto Supremo N° 48, que obligaba al Estado a proporcionar la píldora del día después, eran inconstitucionales, pero sostuvo que, en ningún caso, esa píldora en sí era contraria a la Constitución, porque de haber sido así el registro sanitario que la autorizó estaría caducado y nadie podría adquirirla en las farmacias privadas; mientras que el exsenador don Pedro Muñoz estimó que el proyecto se enmarcaba en las normas constitucionales y que su aprobación en ningún caso implicaba desacato a la resolución del Tribunal Constitucional.

Con todo y a fin de evitar cualquier defecto de constitucionalidad del proyecto que lo pudiera hacer objeto de impugnaciones exitosas ante el Tribunal Constitucional, la Comisión propuso reconsiderar tres indicaciones, una de las cuales consistía en agregar un inciso final al artículo 4° del proyecto del siguiente tenor:

"En todo caso, no se considerarán anticonceptivos, ni serán parte de la política pública en materia de regulación de la fertilidad, aquellos métodos cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto.".

En otras palabras, consideró que es claro que esta Comisión propuso una adecuación a la normativa legal en ese momento para proteger al que está por nacer –como lo exige el artículo 19 N° 1° inciso 2°-, más allá o sin consideración, incluso, a la posición que sobre su naturaleza jurídica tenían los entonces comisionados, sino que para evitar inconstitucionalidades porque su protección se sitúa desde ese nivel de nuestro ordenamiento jurídico.

3. La Constitución asegura la vida del nasciturus

Señaló no tener duda alguna que si se realiza una interpretación sistemática, finalista y actualizada de la Constitución se debe llegar a la conclusión que ella asegura el derecho a la vida del que está por nacer y que lo hace, como siempre se ha entendido en el derecho chileno, desde el momento de la concepción, por lo que es obligado reconocer hoy un concepto constitucional de persona, el cual incluye –a no dudarlo- a ese ser que se encuentra, entonces, dotado de dignidad. Agregó que las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución de su sesión 90 señalan:

"Antes de los catorce días hay la posibilidad de que surjan gemelos o sencillamente quimeras, por lo que para algunos ese ser no sería todavía ser humano ni humanizado, y no habría impedimentos éticos para eliminarlo o destinarlo a experimentación. Varios autores agregan que en el embrión no hay subjetividad –y, por ende, no cabría hablar de ser humano- mientras no sea capaz de sentir dolor, lo cual exige un mínimo desarrollo del tejido nervioso.

Esos argumentos son difíciles de defender. Constituye un sutil resquicio decir que mientras no se sienta dolor no se es humano, sabiendo que esos días de posible insensibilidad son una breve etapa en un activo proceso de desarrollo teleonómicamente orientado a alcanzar los momentos en que será sensible al sufrimiento y a todas las capacidades y los ingredientes integradores de la subjetividad. Esta breve etapa muda, por así decirlo, es tan humana como cualquier otra, pues es necesaria para el desarrollo de las que siguen. El hombre es igualmente hombre en períodos de dormición e inconciencia, aun cuando entonces no sea consciente de su humanidad, porque se trata de momentos transitorios hacia el despertar.

Que en los primeros catorce días no se sepa si de ahí saldrá uno o dos o tres embriones gemelos menos quita lo humano, pues si en vez de uno se estuvieran gestando dos o tres seres, la calidad humana de ese fenómeno sería mayor y no menor; la unidad de cada uno de esos gemelos estaría ya potencialmente en camino hacia su actualización en el momento oportuno.

Si de aquella masa primitiva resultaran quimeras, éstas acaban por eliminarse solas, y entre la posibilidad que surja una creatura humana o una quimera no habría ninguna conciencia ética que no se decidiese a esperar, pues lo que se pierde es demasiado si lo que viene en camino es una creatura humana.

El huevo humano fecundado es biológica y antropológicamente ser humano, persona, pues todas sus potencialidades genéticas están destinadas a hacer un hombre y no un gato o un mono.”.

Manifestó que, efectivamente, la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y, además, obliga al legislador a proteger al que está por nacer porque hoy sabemos que no se trata de una persona en potencia, sino de un ser humano lleno de potencialidades:

“(…) esta presencia de ya todo el hombre en la potencialidad del embrión no es una impresión sentimental, ni un *a priori* metafísico, ni un postulado religioso, ni una escoria conceptual nacida de una mentalidad religiosa, ni un sueño platónico ni nada por el estilo. Es precisamente todo lo contrario: es un dato real, sin duda no fácil de aprehender, pero que puede ser captado racionalmente en toda su riqueza.”. Por ello, añadió que tal como expondría en seguida, una interpretación sistemática, finalista y actualizada de nuestra preceptiva constitucional no puede sino conducir a la protección del que está por nacer a ese nivel del ordenamiento jurídico.

A. Comisión de Estudio

Indicó que, con todo, suele esgrimirse, para sostener una interpretación constitucional restrictiva que excluye al *nasciturus* de la protección que dispensa la Carta Fundamental a todas las personas en su artículo 19 N° 1°, el debate suscitado en noviembre de 1974 en la Comisión de Estudio acerca de si resultaba o no conveniente proscribir toda forma de aborto desde el texto constitucional o, al contrario, dotar de discrecionalidad al legislador en esta materia.

Constató que suele recordarse este debate para sembrar dudas respecto del genuino sentido y alcance que hoy tendría la preceptiva constitucional, por cuanto hace cuatro décadas no se produjo acuerdo unánime en torno a considerar la interrupción voluntaria del embarazo como contraria a la Constitución en todos los casos, admitiendo la posibilidad de que existieran situaciones en que el legislador pudiera validar esa conducta.

En todo caso, agregó que es cierto que la doctrina ha criticado lo debatido en la Comisión. Así lo ha señalado José Luis Cea Egaña en su libro de Derecho Constitucional Chileno, en cuanto a que:

“(…) algunos miembros de la Comisión volvieron sobre el tema, dejando dudas deplorables. Ante ello y recordando lo que el mismo Sr. Ortúzar estampó en un fallo después, como Presidente del Tribunal Constitucional, la vacilación de ciertos comisionados no obsta a la

imperatividad del constitucionalismo, en su finalidad más aun que en su forma y, con mayor vigor todavía, sobre anales cuyo carácter de oficiales se discute y emanados de un organismo sólo de estudio de un anteproyecto y no resolutivo del mismo ni de otro ulterior.”.

Recalcó que el Informe final de la Comisión de Estudio tampoco fue categórico en el punto, a objeto de no provocar cambios en la situación legislativa de la época, que contemplaba en el entonces artículo 119 del Código Sanitario la posibilidad de practicar el mal denominado aborto terapéutico, por lo que:

“(…) estimó que la consagración del derecho a la vida implica necesariamente la protección del que está por nacer, porque, si bien la existencia legal de la persona comienza con el nacimiento, no es menos cierto que ya en la vida intrauterina tiene una existencia real, que debe serle reconocida. Se constitucionaliza así un principio que, por lo demás, contempla nuestro Código Civil desde su dictación.

La Comisión estimó, sin embargo, conveniente dejar entregada al legislador la protección de la vida del ser que está por nacer.”.

Expresó que en estos términos, entonces, la interpretación anclada en el originalismo de la preceptiva constitucional debería conducir a sostener que el *nasciturus* no es persona, constitucionalmente hablando, por lo que no estaría directamente amparado por la Carta Fundamental, aunque sí se trata de una entidad que merece especial protección para ella, al extremo que fuerza al legislador a dársela, pero no inhibe exclusiones o excepciones legislativamente previstas.

Sostuvo que esta es, a no dudarlo, la interpretación que hace la Presidenta de la República en el Mensaje con que dio inicio al proyecto de ley, cuando expone que:

“El proyecto de ley busca resolver un conflicto entre bienes que son inconmensurables. Se trata de situaciones extremas en que la afectación de la dignidad y de los derechos de la mujer es tal que no puede sino garantizarse un espacio de discernimiento para ella. Por lo mismo, la voluntad libre expresada de manera escrita y previa es un supuesto de todas las causales.”.

Por ende, enfatizó, la cuestión constitucional que debe dilucidarse es si aquella interpretación de la Constitución sigue siendo hoy válida, si es que lo fue en 1974, es decir, si cabe aquí acudir solo al originalismo como método interpretativo único y decisivo, o si pueden añadirse otros elementos constitucionales que permitan arribar a una conclusión distinta, tal y como se ha hecho sin excepción, por lo demás, por

el constituyente de reforma en 1999, por la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional, la Contraloría General de la República y el legislador, desde 1989 en adelante.

B. Interpretación sistemática, finalista y actualizada

Estimó que en la situación actual de nuestro Estado Constitucional de Derecho, no resulta posible sostener que quien no puede sino ser una persona quede exento del amparo que a esa especie confiere la Carta Fundamental.

Si es que el óvulo fecundado no constituye una realidad distinta, diversa o diferente de lo que es una persona, pues no otra cosa, desde el momento de la concepción, es ni puede dejar de ser el cigoto, consideró improcedente, desde el ángulo constitucional, o sea, de la norma destinada a proteger derechos inalienables y bienes inconmensurables, que pueda argumentarse que, garantizando la Carta Fundamental el derecho a la vida de todas las personas, el momento crucial –por ser el inicio indiscutido- quede desamparado constitucionalmente y reenviado en su protección solo a nivel legislativo.

Y peor todavía, que la ley haya quedado habilitada para establecer excepciones al deber de cuidado, no obstante que la Constitución no previó ni admite ninguna.

Apuntó que tal vez, hace cuarenta y dos años atrás, cuando se debatió el asunto en la sesión 87ª, pudieron suscitarse dudas en torno de la situación del que está por nacer, máxime considerando el entonces vigente artículo 119.

Empero, prosiguió explicando, indudablemente ésta no es la situación hoy y no lo es por razones variadas de índole médica, jurídica, política e histórica, entre otras, debiendo mencionarse, primordialmente, la conciencia y la convicción en Chile de que se ha ido acrecentando acerca del respeto a la vida desde el primer momento y hasta la muerte, motivadas indudablemente por nuestro pasado reciente, a raíz de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en las décadas de 1970 y 1980, por lo que todo nuestro ordenamiento jurídico y también la Constitución, ha ido avanzando, sin duda, en los últimos 25 años, en la senda de reconocer y reforzar la protección de la vida, de la mujer embarazada y del que está por nacer.

Consignó que desde la reforma constitucional de 1999 y de la normativa legal dictada con posterioridad, como la que ha referido, los tratados internacionales y la abundante jurisprudencia cada más protectora de los derechos del que está por nacer y de la mujer embarazada, no resulta jurídicamente válido sostener que el texto constitucional queda

fuera de la defensa de la vida, especialmente del ser humano más desvalido, al extremo que el proyecto en estudio probablemente constituirá el primer retroceso en este proceso creciente de defensa y promoción de la vida humana en nuestro país.

Afirmó que nuestro Derecho Constitucional ha venido progresando significativamente en la defensa y promoción de los derechos humanos, tal como lo exige el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, en particular desde la introducción del recurso de protección. Hoy de hecho, precisó, una de las discusiones centrales del proceso constituyente es la mejor realización de los derechos sociales, por lo que tampoco resultaría consistente con esta evolución retroceder décadas para reabrir el debate –ya superado en nuestro sistema jurídico- que hubo en la Comisión de Estudio y, peor aún, hacerlo en el sentido de excluir a un ser humano de la protección constitucional de la vida.

Adujo que la Carta Fundamental asegura el derecho a la vida a todas las personas y no otra cosa puede ser el óvulo fecundado, pues ninguno ha mutado jamás en una entidad distinta. Pero el constituyente no se restringe a esa declaración fundamental, sino que, además, impone al legislador –sin excepciones porque la defensa de la vida no las tiene- el deber de proteger al que está por nacer, precisamente por su enorme vulnerabilidad.

Se preguntó cómo podría ampararlo cabalmente si no es en sede penal, desde que está en juego la vida en su momento germinal y de mayor exposición al riesgo, al error y a los ataques externos, sobre todo si hay circunstancias muy difíciles que pueden inclinar a su destrucción porque causan fuerza física o moral en los llamados naturalmente a defenderla. Connotó que de ahí surge la necesidad del doble reforzamiento de la cautela, constitucional y legal, y la justificación de que un ámbito de ella sea penal para que resulte eficaz y no meramente declamativo.

Sostuvo que ésta es la interpretación más coherente de la preceptiva constitucional en nuestro estado jurídico, político y social actual, observando el reconocimiento de la dignidad humana en el artículo 1°, inciso primero, y la limitación que tiene el Estado para contribuir al bien común en el respeto de los derechos, conforme a su inciso cuarto. Sin perjuicio –prosiguió- de que es igualmente imperativo hacerse cargo del conflicto que plantea el proyecto de ley, pero la solución no puede ser que en ciertos casos, por acotados y graves que sean, se mate al que está por nacer porque no existiría otra manera de resolverlo.

Precisó que no existe allí, como ya lo anticipó, una limitación, sino que la pérdida o destrucción total del que está por nacer, de tal manera que no se trata de evaluar constitucionalmente si la restricción es

legítima porque lo que hay es una abolición completa de la vida del *nasciturus* o, al menos, la interrupción total de su desarrollo que, al contrario, tiene que ser protegido.

4. ¿Y Artavia Murillo?

Para concluir, indicó que podría sostenerse que la protección constitucional del *nasciturus* no es acertada o que ha perdido valor frente a este pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que interpreta el artículo 4°, párrafo 1°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, al tenor del cual:

"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.".

Destacó que la sola idea de que el estándar de protección de los derechos humanos pueda verse disminuido contraría cánones básicos del Derecho Constitucional, añadiendo que igualmente es ineludible revisar someramente este fallo.

A. Resumen

La sentencia, dictada el 28 de noviembre de 2012 en un caso respecto de Costa Rica, tuvo como objeto examinar una sentencia de su Sala Constitucional que había prohibido la fecundación in vitro, en los términos que la regulaba un Decreto Ejecutivo con base en el artículo 4°, párrafo 1°, de la Convención Americana.

La Corte aduce que, a su juicio, en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término concepción. Una corriente entiende que es el momento de encuentro o de fecundación del óvulo por el espermatozoide y otra estima que es el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero, desde que ésta faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión.

La Corte va a optar por esta segunda tesis, a raíz de que:

"(…) solo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una

célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (supra párr. 180).”.

Por otra parte, respecto a la expresión “en general”, la Corte considera que:

“(…) se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular (…)”.

En suma, la sentencia estima que antes de la implantación, no procede aplicar el artículo 4° de la Convención y que la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla.

Declaró que es importante, por último, insertar aquí, de entre las consideraciones que sostiene la sentencia, aquella según la cual se desestima el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacerlas prevalecer en forma absoluta porque:

“(…) esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada “protección más amplia” en el ámbito interno no puede permitir ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.”.

Aclaró que la Corte acude a sentencias en el Derecho Constitucional Comparado que muestran que es posible efectuar un adecuado balance entre derechos en conflicto, como sucedería con pronunciamientos de los Tribunales Constitucionales de Alemania y España, así como de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, de la Corte Constitucional de Colombia, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

Por tanto, añadió que la Corte concluye sosteniendo que el objeto y fin de la cláusula “en general” es permitir un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto, de tal manera que no puede alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.

B. Evaluación

Consignó que, a diferencia de lo que plantea la ya referida Corte Interamericana, no comparte la tesis según la cual la solución del pretendido conflicto entre los derechos de la madre y la protección del que está por nacer pasa por el balanceo o ponderación de bienes jurídicos en tensión, sacrificando absolutamente uno de ellos en su totalidad, es decir, se argumenta en clave ponderativa y, como si se fueran a conjugar esos valores, se pretende armonizarlos, en circunstancias que se termina aniquilando uno íntegramente.

Se preguntó qué sucede, en cambio, cuando se busca efectivamente equilibrar, aun cuando, como suele suceder, ello no es fácil ni se encuentra exento de afectaciones, a veces muy severas, de los derechos en conflicto.

Desde luego, hizo presente que en la primera causal, del doble efecto, no hay posibilidad alguna de armonizar, pero ello no es relevante jurídicamente porque no hay una acción directa de poner término al desarrollo del que está por nacer, tal y como lo ha venido haciendo –sin problema- la praxis médica durante todos estos años, de modo tal que no se vincula –bien y acertadamente ejecutada- con una hipótesis de interrupción voluntaria del embarazo, por lo que así considerado es impertinente al proyecto de ley.

Formuló, a continuación, las siguientes consultas: ¿no resulta posible mantener el desarrollo fetal a la par que se brinde apoyo, acompañamiento y asistencia, completa y profesional a la madre ante la gravísima y delicada situación que está sufriendo? ¿No se logra así tanto la protección del que está por nacer como el reconocimiento y respeto de la dignidad de la madre? ¿Supone esto requerir una actitud heroica de la madre?

Precisó que naturalmente, desde el ángulo constitucional, carece de respuesta para esta última pregunta, pero sí cabe señalar que la exigencia, en ese ámbito, es el respeto y protección de los derechos de todo ser humano, lo cual no se cumple con la fórmula de la Corte Interamericana ni en la que establece el proyecto de ley:

“¿Cómo deben enfrentarse los casos de engendrados no compatibles con la vida extrauterina?

Se trata aquí de niños que presentan una alternación orgánica no tratable, que invariablemente conduce a la muerte en el útero o en el periodo neonatal, sin importar el nivel de tratamiento o de soporte entregado. Sin embargo, siempre existe la posibilidad de sobrevida por tiempos variables aun con malformaciones graves. Estos casos son

comparables a muchos otros en Medicina donde, ante la imposibilidad de entregar un tratamiento exitoso, se debe proveer al paciente un justo cuidado paliativo, además del debido acompañamiento psicológico, afectivo y espiritual a la madre y su familia para hacer la situación digna y llevadera. Es esto lo que las madres que han sufrido esta devastadora experiencia señalan como carencia y lo que más agradecen. La experiencia que ha tenido la Pontificia Universidad Católica de Chile a través del Programa *ad hoc* Acompañar es muy reveladora a este respecto y hace evidente tanto la necesidad de contar con cuidados paliativos perinatales en el sistema público, como de la inequidad implícita de la carencia de esta alternativa precisamente para las madres más pobres.

¿Cómo enfrentar un embarazo producto de una violación?

Entendiendo que el respeto por la vida humana y la dignidad de las personas alcanza a todo ser humano sin excepción y, por lo tanto, también al que está por nacer engendrado en estas circunstancias, una sociedad preocupada de los derechos humanos, especialmente del derecho a la vida, debiera tener mecanismos de protección y apoyo que den cuenta de ese compromiso. Permitir la eliminación de una persona inocente solo por el modo como fue engendrada, resulta una solución demasiado simple que contradice la doctrina de los derechos humanos, especialmente de los principios de igualdad y dignidad de toda persona y, además, resulta potencialmente peligrosa por los abusos que podría traer consigo su aplicación práctica.

En una situación como la descrita, en que el embarazo es producto de una violación, si la mujer llegare a cometer aborto, tampoco es necesario introducir modificaciones legales para despenalizar, toda vez que nuestro sistema jurídico contempla las herramientas para que, en circunstancias extremas y excepcionales, no sea procedente la imposición de una pena a la mujer y eventualmente tampoco al médico, que lleguen a realizar un aborto cuando no era exigible una conducta diversa por una situación de miedo insuperable, fuerza moral irresistible o estado de necesidad exculpante. En esas situaciones, la conducta se considera ilícita, pero no culpable por lo que no constituye delito.”.

Adicionalmente, connotó que ese pronunciamiento internacional no es riguroso ni fidedigno en cuanto al sentido de las expresiones concepción y en general, como surge de su sola lectura, tratándose de la primera de ellas, y porque la segunda no tuvo por finalidad admitir excepciones a la protección de la vida desde la concepción, sino abordar los problemas planteados por las delegaciones de Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela que asistieron a la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Bogotá en 1948, a raíz del conflicto que el texto original del artículo 4° (sin

las palabras “en general”) producía con sus respectivas legislaciones, en cuanto ellas contemplaban hipótesis de pena de muerte y aborto.

Destacó que en el caso de este último, lo admitían cuando resultaba necesario para salvar la vida de la madre, para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro, para proteger el honor de una mujer honrada, y/o para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa y por angustia económica.

Por ende, afirmó que la expresión “en general” tuvo por finalidad que dichas excepciones –anteriores al Pacto- mantuvieran vigencia y no resultaran derogadas cuando esos países lo adoptaran, como lo confirma la declaración interpretativa que Argentina formuló después a la Convención de Derechos del Niño.

Manifestó que, en consecuencia, y conforme a la Convención Americana, la vida se protege invariablemente desde el momento de la concepción, sin perjuicio de mantener su vigencia las leyes que, con anterioridad a la suscripción del Pacto, regían en los países signatarios de aquella convención.

Añadió que, más todavía, en el caso concreto de Chile, el asunto es extraordinariamente claro e indiscutible en ese sentido, pues cuando ratificó la Convención en 1991 ya ni siquiera estaba en vigor la antigua norma del artículo 119 del Código Sanitario, que había sido derogada dos años antes.

Por último, indicó que es inadmisible que al interpretar normas sobre derechos humanos, se retroceda en su defensa y más todavía si, para justificarlo, se aduce que, al revés, ella se estaría incrementando, impidiendo a los Estados Parte adoptar o mantener –como sucede en Chile- un estándar superior al que ha logrado decidir la jurisdicción internacional.

Señaló que la jurisdicción internacional, dentro del Sistema Interamericano, en definitiva, ha fijado un estándar en Artavia Murillo que, como base o mínimo, resulta ineludible para los Estados miembros del Pacto, pero que no puede impedirles conferir una mayor protección, conforme a su ordenamiento jurídico interno.

Destacó que tal y como consta en el Informe elaborado por la Comisión Asesora de la Rectoría de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Cuidado de la Vida en sus Inicios, en septiembre de 2014, que merece ser latamente transcrito:

“Ser persona, por tanto, no es una cualidad, una propiedad o un accidente del ser humano que se pueda adquirir o perder en

el transcurso de su vida. Una persona es lo que somos del modo más íntimo. “Persona” no designa una fase de nuestra existencia –tal como ‘ser un niño’– sino nuestra existencia entera. Esto es, si alguien es una persona, es esencialmente una persona. Si alguien es persona en algún instante de tiempo, entonces es persona en todo instante de tiempo en que exista. Si la persona es el subsistente, ‘ser persona’ no es algo que le ‘aparezca’ al ser humano en algún momento de su desarrollo, que se le pueda ‘acabar’ o le pueda ‘crecer o disminuir.’ Mientras continúe siendo el mismo subsistente, mientras se le siga identificando como el mismo ser –lo que autoriza a llamarlo con el mismo nombre propio (“Juan”), seguirá siendo la misma persona. Las cualidades pueden cambiar (Juan puede volverse viejo, quedar en coma, aprender inglés), pero su subsistencia (su ser quien es, su persona) permanece.

La dignidad humana no se adquiere por la realización exitosa de ciertas acciones ni porque la persona sea útil o eficiente para conseguir ciertos bienes ulteriores: depende solamente de lo que es, persona. La dignidad no puede adquirirse a voluntad, ni tampoco puede perderse a voluntad. Nadie puede desprenderse de su dignidad aceptando un precio, nadie puede adquirir la dignidad de otra persona pagándola. La dignidad no es una concesión graciosa de algún ordenamiento jurídico. Los derechos que origina esta dignidad no pueden ser vendidos o comprados, ni dependen de que sean o no reconocidos por un Estado para estar vigentes. Es por esto que si toda persona está dotada de una dignidad, merece siempre y en toda circunstancia el respeto de su vida, entonces el embrión y el feto humanos están dotados de una dignidad que también merece, por lo menos, el respeto de su vida.

El uso de ciertos hitos en el desarrollo biológico –implantación, nacimiento, adquisición de autoconciencia…– para reconocer la calidad de persona a un ser humano es en esencia arbitrario ya que el ser subsistente es el mismo desde la fecundación, ininterrumpidamente, y por tanto tiene la misma dignidad que cualquier otra persona, y merece respeto como tal. No hay un ‘pre-organismo’ ni un pre-embrión, ni un potencial organismo, sino un organismo real, en desarrollo actual, que comenzó a existir en el momento preciso de la fertilización, y que a partir de ese evento sigue un proceso de desarrollo continuo predecible para los miembros de su especie (en este caso, la humana). Es parte de nuestra concepción de una ‘persona’, tal como se ha indicado, que se trata de algo que persiste en el tiempo y que es de tal carácter que si alguien es una persona, es esencialmente una persona.

Como ya se ha dicho, la ciencia es capaz de identificar en el óvulo fecundado un organismo, que puede subsistir por sí mismo, que es un ser vivo, es decir que tiene en sí el principio de su propio movimiento, de su propio crecimiento a través de su organización, funcionamiento integrado y desarrollo continuo. Esto no significa que este

organismo no tenga una dependencia de circunstancias ambientales, ciertamente más crítica en las primeras etapas del desarrollo, lo que en nada menoscaba sus derechos ni cambia su condición de ser humano. Aunque es evidente que el embrión requiere estar en la madre para sobrevivir, esta relación de dependencia no le da derecho a ella para disponer de la vida del embrión, así como tampoco la dependencia absoluta respecto de terceras personas para la sobrevivencia de, por ejemplo, un bebé, un niño o un tetrapléjico lleva a pensar que ellos no sean individuos humanos vivos y con todos sus derechos.

Hasta hace no mucho tiempo nadie ponía en duda que todo individuo humano fuera una persona. La Declaración de los Derechos Humanos (1948), que salvaguarda la dignidad de toda la familia humana, utiliza indistintamente los términos ‘ser humano’ y ‘persona,’ como se hace también en declaraciones, acuerdos o constituciones. Y esto es así porque la ‘persona’ designa la sustancia, el subsistente, aquél que es. De este modo, si alguien es una persona, es esencialmente una persona. No hay instantes de tiempo o circunstancias posibles en que ese alguien pueda existir sin ser una persona. De allí que desde antiguo se identificaran los términos de ‘persona’ y ‘ser humano,’ diciendo que todo ser u organismo humano es persona, tiene dignidad y merece respeto. Sin embargo, desde hace algunas décadas esta equivalencia ha dejado de ser tan evidente, ciertas corrientes de pensamiento han separado estos conceptos y, en la actualidad, estos términos se han intentado separar con el claro propósito de que algunos seres humanos queden jurídicamente desprotegidos frente a otros (los embriones, por ejemplo).

Ser “un fin en sí mismo” significa que uno es dueño de sí mismo, en cuanto puede proponerse fines en su vida y cumplirlos. Ninguna otra criatura puede proponerse sus propios fines, ninguna es libre para decidir su vida, ninguna otra puede distanciarse de su naturaleza, dar un paso atrás y decidir cuál es el fin que va a elegir y por qué razones, para luego volver en sí y perseguirlos, obtenerlos e integrarlos a su ser. Este “ser un fin en sí mismo” que conlleva la dignidad, se debe a que somos racionales y porque somos racionales somos también libres. Persona, dignidad, racionalidad, libertad, por tanto, son términos que van siempre unidos y constituyen el núcleo último que sustenta el valor intrínseco de cada ser humano. Lo que siempre se ha sostenido es que alguien es una persona no porque tenga ejercicio actual de la racionalidad y la libertad. Basta con que algo tenga una tendencia intrínseca a desarrollarse de manera de hacer florecer la auto-conciencia, la racionalidad y la libertad, para que cuente como una criatura racional. Esta tendencia fundada en los principios intrínsecos de desarrollo de un organismo humano puede, por supuesto, verse frustrada. Alguien puede no llegar a desplegar la tendencia que se encuentra inscrita en su naturaleza por una enfermedad o por una muerte temprana. Nadie tiene serios problemas, sin embargo, para diferenciar entre algo que posee esta tendencia a convertirse en un ser humano maduro y

algo que no. Nadie confunde un gato pequeño con un infante. Nadie está confundido en pensar que un gato pequeño tenga o no mayor valor que un infante, aunque un niño de dos días después de nacer pueda hacer muchas menos cosas que un gato de dos días después de nacer. Podemos reconocer que alguien es una persona por el hecho de que manifiesta racionalidad al elaborar discursos, mostrar intenciones guiadas por razones y actuar de acuerdo a ellas, pero es evidente que muchas otras veces, la forma en que podemos constatar que alguien es persona es simplemente porque podemos identificar un organismo humano.

La célula que resulta de la fertilización del óvulo de una mujer por un espermatozoide de un hombre es desde ya una persona, así como lo son la mórula, el blastocito, el embrión y el feto que luego se desarrollan a partir de esa célula. Lo es porque se trata del mismo organismo que luego llega a desarrollarse como un ser humano maduro. En consecuencia, si tanto a la persona como al organismo humano los identificamos con el subsistente, y como el mismo subsistente, no podemos más que concluir que allí donde haya un organismo humano (en cualquiera de sus fases de desarrollo), habrá una persona, con la dignidad y los derechos que ello implica. Si hay organismo humano, hay persona humana.”.

En suma, expresó que el ser humano, desde la concepción, se encuentra dotado de la dignidad que la Constitución le reconoce a todos, por lo que cualquier proyecto de ley –como lo ha resuelto el Tribunal Constitucional- o cualquier acción –como lo ha decidido la Corte Suprema- tienen que ser cabalmente respetuosos de ella.

III. El proyecto es inconstitucional

Afirmó, enseguida, que la Carta Fundamental asegura, en su artículo 19, N° 1°, inciso primero, el derecho a la vida de la persona del *nasciturus* y, adicionalmente, reserva a la ley el deber de protegerlo en su inciso segundo, por lo que, cuando el proyecto de ley establece tres excepciones a dicha protección, admitiendo la interrupción directa y voluntaria del embarazo, quebranta esa preceptiva constitucional.

Sostuvo que es indiscutible que el que está por nacer no ha ejecutado, evidentemente, ninguna acción que lo haga merecedor del trato que le dispensa la iniciativa en tramitación, afectando la dignidad que la misma Constitución reconoce a todo ser humano, que no otra cosa es ni puede ser el cigoto. Agregó que el Tribunal Constitucional ha resuelto:

“(...) la dignidad a la cual se alude en aquel principio capital de nuestro Código Supremo es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente

de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados".

Consideró que muy probablemente, nuestra Justicia Constitucional definió por primera vez dicho concepto, asignándole un papel preponderante y, por lo mismo, de vastas consecuencias, resultando evidente que la definición adoptada por el Tribunal se sustenta en el sentido natural y obvio de esa palabra, pues ella no se encuentra definida en nuestro ordenamiento jurídico, así como en la doctrina que la ha analizado. José Luis Cea en su libro de Derecho Constitucional Chileno, señala:

"Antes y sobre los derechos públicos subjetivos mencionados y otros más, en la Constitución consta hoy proclamado el valor de la dignidad de la persona humana, nada menos que en el umbral, esto es, al comienzo del primero de sus artículos.

La dignidad humana se erige así en el valor sustentable de aquellos derechos inalienables, en la fuente o base de arranque de ellos y que debe ser tan respetada y promovida como estos (...).

Trátase de otro concepto iusnaturalista. Significa que toda persona humana, por ser tal y sin más exigencias, nace y ha de convivir con la cualidad de digno, o sea, de trascendente a la historia, sujeto libre e igual al prójimo, cuyo destino es realizar un proyecto de vida, con sello singular o propio.

El hombre resulta ser así un depósito o cúmulo de valores supremos, con los cuales nace y los concreta durante la vida. Entre éstos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le reconoce con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia (...). Pues bien, la dignidad es la fuente de esos atributos naturales.".

Afirmó que, de esta manera, cuando el proyecto admite tres casos –susceptibles de ser ampliados a muchas otras situaciones hoy inimaginables- en que se debe otorgar la prestación abortiva, salvo por el médico cirujano que, previamente y por escrito, haya manifestado su objeción de conciencia, ciertamente para alcanzar un objetivo legítimo, como es el resguardo de los derechos de la madre, vulnera, en su esencia, el derecho a la vida del que está por nacer y el deber que ha impuesto la Carta Fundamental al legislador de protegerlo.

Consignó que al mismo tiempo, se incurre en una discriminación proscrita por el inciso segundo del artículo 19, N° 2°, de la Constitución, ya que se autoriza a poner fin a la vida de uno de los sujetos cautelados por ella, lo cual constituye una carga injustificada, pues, como

expondrá en seguida, el fin loable que la iniciativa persigue no es suficiente para adoptar la solución que él mismo plantea.

En efecto, aunque ya explicó que el proyecto de ley no establece una limitación al ejercicio de los derechos del *nasciturus* (sea la vida o al desarrollo intrauterino), sino que su destrucción total, por lo que no es posible aplicar criterios de ponderación o proporcionalidad, sostuvo que igualmente es posible examinar si la medida destructiva que la iniciativa permite adoptar a la madre respeta dicho principio. Iván Díaz García, en su artículo denominado "La Aplicación del Principio de Proporcionalidad en Orden a Juzgar sobre la Licitud o Ilicitud de una Restricción a Derechos Fundamentales", señala:

"(…) se trata de un mecanismo al servicio del juzgador que persigue proveer soluciones para resolver adecuadamente los conflictos entre los derechos fundamentales y otros derechos fundamentales o bienes constitucionales, a través de un razonamiento que contrasta intereses jurídicos opuestos para poder determinar si una medida restrictiva está justificada o es adecuada –no excesiva- respecto al fin que se persigue".

Destacó que se tiene que examinar, en consecuencia, que la medida restrictiva persiga una finalidad legítima; que sea idónea o adecuada para lograrla o, al menos, para su promoción; que sea la que importa menor intrusión, restricción o invasión, y que exista proporcionalidad en sentido estricto, de tal modo que la gravedad de la medida sea adecuada a la urgencia o necesidad de los objetivos, como lo ha explicado nuestro Tribunal Constitucional:

"(…) cualquiera sea entonces el camino que se siga para estudiar la constitucionalidad de las normas en examen, debe necesariamente revisarse si las limitaciones que ellas establecen se encuentran suficientemente determinadas por la ley y si están razonablemente justificadas; esto es, si persiguen un fin lícito, resultan idóneas para alcanzarlo y si la restricción que imponen puede estimarse proporcional al logro de esos fines lícitos que la justifican.".

Manifestó que es indudable que si el resultado de la "solución" proveída por el legislador, dependiente de la voluntad de la madre, es la aniquilación del que está por nacer, no puede reputárselo un mecanismo proporcionado, sino que excesivamente lesivo del *nasciturus,* sea que se lo considere persona o solo un bien inconmensurable, como lo califica el propio proyecto de ley. Máxime, añadió, si es posible salvarlo y, al mismo tiempo, proveer medios que permitan ayudar a la madre en la gravísima situación en que se encuentra, respecto de la que, igual que el *nasciturus*, no tiene culpa alguna.

Por lo mismo, tal como lo anticipara, sostuvo que cualquiera sea la naturaleza que se atribuya al que está por nacer, si bien al menos es la de un bien inconmensurable y sea que se considere que el proyecto despenaliza o legaliza, indudablemente la iniciativa lo desprotege, en contra del deber impuesto por la Constitución en el inciso segundo de su artículo 19, N° 1°.

Más todavía, abundó, si al sustituir y eliminar la prohibición hoy vigente, es inevitable la interpretación y aplicación extensiva del nuevo artículo 119 del Código Sanitario, porque no habrá consecuencia jurídica alguna para una conducta destructiva del *nasciturus*, con lo cual es evidente su desprotección o desamparo, independientemente, incluso, de cuál sea la categoría que se le reconozca. Y, peor aún, si el proyecto claramente configura la asistencia abortiva como una prestación médica.

Concluyó su exposición señalando que el proyecto también vulnera la Carta Fundamental en los términos en que regula la objeción de conciencia, al reconocérsela solo al médico cirujano, discriminando a las demás personas que intervienen en el proceso abortivo, los que, dotados de la misma convicción, al parecer no podrían oponerla para ejecutar el acto que atenta frontalmente contra ella, desconociendo de paso la de carácter institucional y forzando al médico a expresarla por escrito, previamente.

A continuación, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra al **profesor del área de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señor Álvaro Ferrer.**

El señor Ferrer agradeció la invitación realizada por la Comisión y precisó que la opinión que expondría proviene de la razón natural y, sobre todo, del sentido común.

Informó que se referiría a una cuestión central que subyace y explica este proyecto de ley, a saber, la consagración del “derecho” al aborto. Seguidamente, explicó que organizaría su exposición en torno a los siguientes puntos:

1.- El proyecto de ley consagra el “derecho” al aborto, lo legaliza y legitima.

Sostuvo, en primer término, que el título de este proyecto de ley es equívoco e induce a confusión, ya que habla de mera despenalización, pero no hay tal. En efecto, expresó que ante conductas tipificadas como delito, la innovación legislativa admite tres caminos:

Primero, despenalizar, suprimiendo la tipificación de la conducta pero permaneciendo ésta como antijurídica o contraria al ordenamiento jurídico, sujeta, por tanto, a otro tipo de sanciones, sean civiles, administrativas u otras. Agregó que aquello es lo que ocurrió, por ejemplo, con el delito de adulterio. Advirtió que éste ya no es delito, pero sí constituye una infracción grave a los deberes matrimoniales y tiene consecuencias jurídicas de tipo civil, por ejemplo, como causal de divorcio culpable.

Segundo, legalizar, no solo suprimiendo el tipo penal respectivo, sino cualquier otro tipo de sanción civil o administrativa, de modo que la realización de la conducta es legalmente permitida en el ordenamiento jurídico sin consecuencias de ninguna especie porque, en adelante, ha dejado de ser antijurídica. Consignó que eso sucedió, por ejemplo, con las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo mediante la supresión del delito de sodomía y, así, la consecuente permisión legal de dicha conducta.

Tercero, legitimar, no solo suprimiendo el tipo penal de la conducta ni permitiéndola legalmente sin consecuencias, sino reconociéndola y tutelándola como derecho subjetivo, es decir, como facultad que su titular puede exigir respecto de otros, de modo que la privación o perturbación de la realización de dicha conducta es considerada como un acto antijurídico o ilícito.

Se preguntó cuál de estas tres alternativas es la que de hecho se cumple en este proyecto de ley. Manifestó que la conclusión salta a la vista de la sola lectura del Mensaje Presidencial, que expresamente señala que el recurso al aborto ha de garantizarse como una “legítima prestación de salud” y que “en el centro de esta propuesta están los derechos de las mujeres”. Ante ello, recordó el axioma jurídico según el cual “a confesión de parte, relevo de prueba”. Enfatizó que esa declaración, signo inequívoco de la voluntad que inspira el proyecto, es coherente con que en él se consagre la objeción de conciencia y se modifique el Código Sanitario.

En efecto, añadió que no es necesario alegar objeción de conciencia para negarse a participar en la comisión de un delito o a realizar actos delictivos, como tampoco para negarse a participar en la realización de una conducta antijurídica. Aseveró que quien se niega a participar en un acto adúltero o a mantener relaciones sexuales con otra persona adulta del mismo sexo no realiza una conducta digna de reproche jurídico.

Afirmó que, en cambio, la objeción de conciencia es necesaria cuando la prestación que se solicita o demanda está reconocida como un derecho y es, por tanto, exigible. Precisó que si este proyecto de ley regula –pésimamente- la objeción de conciencia es porque la conducta que

trata no es un delito que en tres causales específicas ya no será castigado, sino porque es un derecho que, en adelante, las mujeres tendrán para abortar. Dado lo anterior, indicó que es evidente que este proyecto no despenaliza, sino que legaliza y legitima el aborto como un derecho subjetivo exigible frente a los servicios de salud.

Además, declaró que la presente iniciativa, de manera estratégica e intencionada, pretende eliminar la norma sanitaria que prohíbe todo acto cuyo fin sea provocar un aborto. Destacó que su objetivo no es un mero cambio de política criminal, sino que es eliminar el artículo 119 del Código Sanitario.

Connotó que el contexto histórico en que se dictó aquella norma resulta irrelevante, salvo que alguien demuestre que una regla es de suyo injusta e irracional por la fecha de su promulgación o por quien haya realizado dicho acto, alegato que solo distrae de la cuestión de fondo.

Subrayó que el artículo 119 del Código Sanitario, precisamente y en coherencia con el mandato constitucional dispuesto en el artículo 19, Nº 1, inciso 2º, y lo señalado en el artículo 75 del Código Civil, protege la vida del que está por nacer, prohibiendo todos los actos que pretendan la muerte del no nacido como fin. No prohíbe los actos que, conforme a la *lex artis* médica, interrumpen el embarazo provocando la muerte del que está por nacer como un efecto no querido, ni como fin ni como medio, sino meramente tolerado como inevitable, existiendo razón proporcionada. Expresó que no prohíbe el llamado aborto indirecto, no impide la interrupción lícita del embarazo por aplicación del principio del doble efecto.

Manifestó que con dicho artículo vigente el aborto fundado en estas tres causales jamás podrá ser una “legítima prestación de salud”, jamás será un acto lícito, jamás será un derecho exigible y financiado con cargo a rentas generales del Estado. Agregó que mientras el artículo 119 del Código Sanitario esté vigente, la realización de un aborto fundado en alguna de las tres causales del proyecto, es decir, un acto cuyo fin es el mismo aborto, siempre será un delito o una conducta antijurídica, tal vez sin castigo penal. Por lo mismo, enfatizó, no existirá reglamentación operativa que instruya y garantice la realización de ningún aborto.

Destacó que, en cambio, eliminando el artículo 119 del Código Sanitario se logra el objetivo pues bastará invocar alguna de las causales y siempre cederá la vida del que está por nacer frente a la voluntad de la mujer, institucionalizándose, además, la exigencia a los servicios de salud para que, salvo objeción de conciencia previamente manifestada y por escrito, garanticen el ejercicio del derecho al aborto invocado por ella. Así, al eliminar la prohibición sanitaria que prohíbe matar directamente al no nacido se consagra la primacía de la autonomía de la

mujer, su “espacio de discernimiento”, por sobre la vida de su hijo. Esto es, se consagra el “derecho” al aborto al legalizar y legitimar dicha conducta.

Las razones anteriores, indicó, son suficientes para derribar el principal mito: este proyecto no despenaliza, sino que legaliza y legitima el aborto. Recalcó que lo consagra como legítima prestación de salud, la cual es tan exigible que regula la objeción de conciencia y, sobre todo, porque su objetivo central no es modificar el Código Penal sino el Código Sanitario, eliminando la prohibición sanitaria de matar directamente al inocente no nacido. Hizo presente que estamos frente a una legalización y legitimación encubierta.

II. El contenido esencial del derecho al aborto y su neutralidad.

Remarcó que el diálogo racional nos obliga a decir las cosas con toda claridad. La verdadera causa detrás de este proyecto es la voluntad de consagrar el derecho subjetivo a realizar un aborto, fundado en alguna de las tres causales, por ahora. Así, manifestó que hay una pregunta clave que se echa de menos y cuya respuesta se extraña más todavía. Señaló que cuando se pretende la consagración de un derecho al aborto ¿estamos hablando de un derecho a qué? ¿A elegir y hacer qué? ¿En qué consiste, objetivamente, eso que se elige y se realiza? ¿Sobre qué recae esa deliberación, elección y acción?

Lo anterior, sostuvo, parece una perogrullada pero no lo es. De hecho, la verdad es que sistemáticamente se ha omitido esta cuestión. En efecto, se habla de “interrupción voluntaria del embarazo” pero nada se dice sobre qué es lo que se elige y hace para lograr ese efecto (porque, sobra decirlo, la “interrupción del embarazo” es consecuencia de un acto previo y deliberado). Añadió que se habla de “ejercicio de la autonomía”, pero nada se dice sobre el contenido de tal decisión, asumiendo que basta invocar la referida autonomía para que ella misma, como una varita mágica, obre como justificación suficiente y final y, de hecho, clausure la discusión sin reparar en que tal proceder es un permanente y recurrente razonamiento circular que insulta la inteligencia de las personas. Preguntó si alguien estaría dispuesto a aceptar como legítimo el homicidio por el solo hecho de que el asesino justifica su actuar en su autonomía personal. Advirtió que legitimar una conducta en la autonomía, es legitimar la conducta en la conducta: un total absurdo. Dicho de otro modo: no es sensato blandir la espada de la autonomía omitiendo toda referencia al contenido de la conducta que se quiere despenalizar, o legalizar o legitimar so pretexto de la misma autonomía. Quien así procede evade la cuestión e incurre en una grotesca petición de principio.

Consideró que la cuestión sobre qué es objetivamente un aborto, sobre qué es aquello que se elige deliberada y

“autónomamente” y luego se hace o realiza, brilla por su ausencia. ¿Ojos que no ven, corazón que no siente…?, se preguntó y agregó que así lo parece porque siendo esta la cuestión fundamental que la argumentación racional reclama, su desarrollo es reemplazado y sustituido por abundante equivocidad y permanente apelación a lugares comunes. Reafirmó que la gravedad e importancia de la materia obliga a un mayor esfuerzo.

Planteó qué es, entonces, aquello que directa y deliberadamente se elige e intenta cuando hablamos de aborto y cuál es el contenido que aquella decisión amparada y supuestamente justificada en la sacrosanta “autonomía”. Sostuvo que la respuesta honesta es siempre la misma: se elige terminar con la vida de un ser humano inocente aún no nacido. Porque sabemos que es un ser, de especie humana, vivo y en gestación, y claramente inocente. Y terminar con su vida es el contenido esencial de lo que se intenta y elige, al punto que si él sobreviviera al procedimiento, éste se consideraría un fracaso y se recurriría, como de hecho ocurre, añadió, a nuevos medios para terminar con su vida fuera del vientre materno e incluso, como la experiencia comparada lo atestigua, se podría reclamar indemnización de perjuicios al médico que practica el aborto fallido, por el nacimiento injusto y no querido. Afirmó que terminar con su vida es el medio elegido para “interrumpir voluntariamente el embarazo”. Demostró su preocupación respecto a la situación en que se elige voluntariamente terminar con la vida de un ser humano inocente en gestación para, así, interrumpir el embarazo, usando para ello métodos que bien pueden ser descritos como una cruel y cruenta carnicería.

A la vez, expuso que si este no es el contenido esencial de la deliberación y la elección, entonces cualquier peligro para la vida del inocente no nacido será rechazado y toda amenaza para su supervivencia será evitada y su eventual muerte -existiendo alguna razón proporcionada- será meramente tolerada y jamás intentada como fin o como medio. Es decir, declaró, se buscará alcanzar la interrupción del embarazo eligiendo y usando medios no letales para el inocente no nacido. Añadió que, sin embargo, no se está discutiendo de eso.

Por cierto, agregó, cualquiera podrá objetar lo anterior arguyendo que lo querido es, por ejemplo, salvar la vida de la madre, o terminar con un tormento psíquico o cualquier otra cosa. Es la “justificación” operativa de las tres causales. Pero aquellas son intenciones remotas y posteriores y terminar con la vida de ese ser humano inocente y no nacido, en cada caso, será el medio elegido para lograr dichos fines.

En síntesis, hizo presente que cualesquiera sean las circunstancias y las intenciones remotas, siempre y objetivamente el contenido esencial de la deliberación, elección y acción consiste en terminar con la vida de un ser humano inocente aún no nacido. Enfatizó que lo

anterior es lo que directamente se pretende y se quiere, precisando que terminar con la vida de un ser humano vivo, nacido o no nacido, es matarlo.

Por tanto, manifestó que en el proyecto de ley en discusión cada vez que se reclama o invoca la “despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo”, en realidad se consagra el derecho a matar a un ser humano inocente aún no nacido. Dicho de otro modo, se reclama que el acto de matar deliberada y directamente a un ser humano inocente y aún no nacido esté garantizado y que sea exigible frente a terceros, con serias restricciones para que alguno pueda oponerse, y no solo que dicho acto ya no sea considerado como delito o que esté meramente permitido o autorizado.

Apuntó que en la legitimación del aborto no hay neutralidad alguna pues la ley que deja la vida del ser humano inocente y no nacido al arbitrio de la decisión de terceros, aunque sea en tres causales, no es neutra. Luego, enfatizó que es absurdo sostener que esta ley “no impone nada a nadie”. Ello, dijo, es falso pues se impone a los servicios de salud la obligación de realizar la prestación requerida o derivar a otro que lo haga; al médico cirujano la obligación de realizar el aborto en caso de urgencia fundado en la causal de riesgo vital; al resto del equipo médico la obligación de participar en el aborto al no reconocerle la posibilidad de formular objeción de conciencia; a los contribuyentes la obligación de financiar con sus impuestos este tipo de prestaciones; al padre y a otros familiares del no nacido la obligación de guardar silencio y asistir como meros espectadores, sin posibilidad de oposición, a la muerte de ese niño; y al inocente no nacido, la muerte.

Expresó que no es posible legislar en esta materia sin que el legislador consagre una doctrina antropológica y moral determinada: antropológica, porque asumirá una determinada concepción sobre quienes son personas humanas, y moral, porque asumirá una determinada valoración sobre el acto que mata a esos seres humanos.

III. La Constitución manda a la ley proteger la vida del que está por nacer.

Hizo presente que gran parte de la discusión se centra en el estatus jurídico del que está por nacer: si es persona titular del derecho a la vida o si es cosa u objeto de protección. Sostuvo que el que está por nacer es persona y titular del derecho constitucional a la vida desde el instante de su concepción y hasta su muerte natural. Añadió que, sin perjuicio de ello, aun asumiendo que no fuera una persona, este proyecto de ley igualmente es inconstitucional pues directamente contraviene el mandato establecido en el inciso segundo del artículo 19, Nº 1, de la Constitución, que manda a la ley proteger la vida del que está por nacer. Reiteró que, a su juicio, sobran las razones y evidencias que demuestran de modo irrefutable

que el que está por nacer sí es persona. Consignó que el siguiente argumento, por tanto, asume lo contrario solo a efectos de mostrar una simple conclusión *a fortiori*: si el proyecto es inconstitucional asumiendo que el que está por nacer no es persona, con mayor razón es inconstitucional dado que sí es persona.

Añadió que el acto abortivo siempre vulnera el mandato constitucional que ordena a la ley proteger su vida. En efecto, el artículo 19, Nº 1, inciso segundo, de la Constitución dice “la ley protege la vida del que está por nacer”. Connotó que si asumimos, entonces, que el que está por nacer no es persona, aun en esa circunstancia la Constitución mandata expresamente a la ley proteger su vida.

Destacó que el verbo rector del mandato constitucional es muy claro: proteger. El objeto también: la vida. El sujeto, otro tanto: el que está por nacer. Lo que debe protegerse es su vida. Pero la vida no es diferencia del viviente, sino su modo de ser, son inseparables. Luego, proteger la vida del que está por nacer es, en concreto, protegerlo a él.

Sostuvo que hay muchos modos posibles de hacerlo. Agregó que el requisito o condición es que dichos modos sean consistentes y coherentes con el fin por y para el cual se disponen, han de ser adecuados, han de conducir hacia el mismo objetivo: proteger su vida, salvaguardar su existencia vital, defender su modo de ser “autopoiético”, tutelarlo, custodiarlo, cuidarlo.

Ahora bien, ¿por siempre? Afirmó que no, porque el sujeto es “el que está por nacer”, de modo que este deber legal -que por cierto no excluye otros caminos- se refiere a la existencia vital del sujeto mientras aún no ha nacido y, por tanto, hasta que nace. Advirtió que se debe proteger su vida hasta el nacimiento y que la protección será real, consistente y coherente con el mandato constitucional en tanto esté dirigida al fin antes explicado: que la existencia vital del sujeto continúe, al menos, hasta su nacimiento. Se debe proteger, precisó, para que el que está por nacer efectivamente continúe vivo hasta que nazca.

Recalcó que la protección de la vida del que está por nacer puede realizarse mediante mandatos, permisiones y prohibiciones legales. Ciertamente está muy bien que la ley mande y permita actos orientados o conducentes al logro del fin, cual es que el no nacido siga vivo hasta que nazca. Pero este efecto o fin no depende ni se alcanza, siempre y en todos los casos, cumpliendo esos mandatos o permisiones. Sostuvo que los actos permitidos o mandados en auxilio, ayuda, soporte, apoyo de la vida del que está por nacer ciertamente facilitan y favorecen la protección de su existencia, pero ninguno de ellos ni todos juntos son requisito o condición necesaria para que la protección sea eficaz.

Precisó que, de hecho, la etimología de la voz "proteger" nos da luces importantes: proviene del latín *"protegere"* y está formada por el prefijo *pro* (hacia adelante, a favor de) y el verbo *tegere* (cubrir). Proteger no es, ante todo, realizar acciones positivas a favor de alguien o algo, sino, más bien, cubrirlo o defenderlo de amenazas exteriores. Para proteger efectiva y realmente hay que impedir aquello que, desde fuera, puede dañar. Tratándose de la vida, protegerla requiere cubrirla, ponerla a salvo de los atentados contra ella. Y hablando del que está por nacer, proteger su vida -o protegerlo a él, que es lo mismo– es cubrirlo y ponerlo a salvo de los actos que podrían impedirle seguir vivo hasta su nacimiento.

Aseveró que el contenido esencial del mandato constitucional a que la ley proteja la vida del que está por nacer no consiste en que la ley mande o permita actos conducentes a que el sujeto siga vivo hasta su nacimiento, porque incluso si la ley nada mandara o permitiera en ese sentido, el sujeto podría igualmente nacer mientras permanezca a cubierto, a salvo de amenazas y atentados exteriores que pretendieran matarlo. Por esta razón, opinó que no es sensato considerar que alternativas como el acompañamiento a la mujer embarazada u otras similares realmente cumplen con el deber de proteger la vida del que está por nacer. Consideró que tales caminos son positivos, sin duda, pero no son verdaderas formas de protección ni, por lo mismo, son modos adecuados de respetar lo dispuesto en la Constitución.

Estimó que es imposible tutelar que el no nacido siga vivo hasta su nacimiento sin prohibir los actos deliberados y de suyo destinados a impedirle nacer; aquellos actos que intentan su muerte, sea como fin o como medio, sea permitiéndolos o, con mayor razón, mandándolos, por la evidente razón de que esos actos, permitidos o mandados, le impedirán seguir vivo hasta su nacimiento, lo matarán antes de nacer.

Subrayó que esto es precisamente lo que ocurre al suprimir el tipo penal y la prohibición sanitaria del aborto, tal como hace este proyecto en las referidas tres causales: en cada una de ellas se permiten y se mandan los actos que deliberada y directamente impiden al que está por nacer seguir vivo, porque permiten y mandan matarlo. Recalcó que la contradicción es grosera y salta a la vista.

Manifestó que aquí radica el núcleo esencial del mandato constitucional por el cual la ley ha de proteger la vida del que está por nacer: en la prohibición de los actos que deliberada y directamente intentan su muerte antes de su nacimiento. Agregó que sin esta prohibición es lógicamente imposible sostener que la ley protege su vida antes del nacimiento, porque la misma ley permitiría y, además, mandaría matarlo, convirtiendo el deber de protección en una voz sin sentido ni contenido

alguno, en una frase no sólo inaplicable, sino derechamente absurda e irracional, dado que el enunciado normativo no puede ser y no ser a la vez y en el mismo sentido, como precisamente ocurre si se manda proteger su vida mediante la ley, y la ley que cumple ese mandato es la que permite y ordena matarlo. Añadió que no es posible cuadrar el círculo ni proteger la vida del que está por nacer sin prohibir el aborto directo, porque su permisión y mandato incumplen de modo frontal y absoluto el deber constitucional de proteger su existencia hasta su nacimiento.

Hizo presente que dado que la iniciativa no despenaliza, sino que legaliza el aborto -permite a la mujer, en tres causales, matar a su hijo- y legitima el aborto -manda e impone a terceros la obligación de realizarlo para garantizar así el derecho de la mujer y su ejercicio-, se concluye que este proyecto de ley es siempre inconstitucional, incluso asumiendo que el que está por nacer no es persona. Pero el que está por nacer sí es persona, por lo tanto, el vicio de inconstitucionalidad de este proyecto de ley es, por cierto, mucho mayor.

Concluyó señalando que la lógica no deja otro camino que el siguiente: si se protege lo menos, con mayor razón lo más; si se prohíbe lo menos, con mayor razón lo más. Luego, si se protege la vida del que está por nacer que no es persona prohibiendo el aborto, entonces con mayor razón se protege la vida de la persona que está por nacer prohibiendo el aborto. Y el que está por nacer sí es persona. La ley que contravenga esta conclusión será siempre irracional -contraria a la razón- e inconstitucional. Reiteró que este proyecto de ley que legaliza y legitima el aborto es irracional e inconstitucional.

Luego, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra al **profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, señor Antonio Bascuñán.**

El señor Bascuñán agradeció la invitación de la Comisión y comenzó su intervención señalando que con la finalidad de despejar cualquier duda acerca de su posición en general sobre la regulación del aborto, haría presente que es partidario del modelo del plazo como la mejor solución al problema que plantea el balance entre el respeto por los derechos de la mujer y el interés en la supervivencia de un embrión o feto humano.

Consideró que el establecimiento del modelo del plazo debe ser acompañado por un sistema de protección social del embarazo y la maternidad, lo cual requiere adoptar el mencionado modelo en su variante específica de plazo con consejo forzoso. Recordó que esa es la regulación que propuso al gobierno del ex Presidente señor Piñera la

comisión formada por el Ministerio de Justicia de la época para la elaboración de un Anteproyecto de Código Penal, indicando que la regulación propuesta comprendía disposiciones en dicho nuevo Código y reglas complementarias en un nuevo Libro VI bis del Código Sanitario.

Agregó que las reglas que el proyecto propone introducir son en parte disposiciones que complementan el ya citado modelo del plazo. Ello se debe a que las situaciones que justifican el aborto por razones clínicas -o sea, la indicación terapéutica y la indicación embriopática- pueden ocurrir o ser diagnosticadas con posterioridad al vencimiento del plazo que establezca el modelo, que usualmente corresponde a las 12 semanas de la gestación. Sostuvo que no es su intención referirse aquí a cuestiones de detalle relativas a su formulación. Precisó que ello fue objeto de análisis a propósito de dos de las siete tesis que expuso el jueves 4 de agosto del presente año (2016) en la Comisión de Salud, a las que se remite. Además, indicó que tratándose de la discusión en general del proyecto tiene poco sentido destinar a esas cuestiones de detalle el escaso tiempo de que dispone. Enfatizó que su propósito es exponer ante esta Comisión un par de consideraciones de carácter general.

Manifestó que si se revisa lo que probablemente sea la mejor versión del debate moral estadounidense sobre el aborto durante las últimas décadas del siglo XX, escrita desde la perspectiva favorable al derecho de la mujer a decidir acerca del embarazo, que es el libro de David Boonin titulado "una defensa del aborto", y su réplica mejor evaluada, que es el libro de Francis J. Beckwith titulado "Defendiendo la vida", se puede constatar que la discusión moral acerca de la regulación del aborto tiene dos líneas argumentales distintas. Aseveró que una es la línea que se podría denominar como "la cuestión ontológica", y la otra es la línea que se podría denominar como "la cuestión normativa".

Añadió que, naturalmente, estas dos líneas no agotan todas las cuestiones relevantes acerca de la regulación legal del aborto. Por ejemplo, enfatizó que la constatación de la falta de idoneidad de las normas penales como modo de protección estatal de la vida prenatal es un dato esencial en la discusión de la política jurídica y su legitimidad constitucional. Connotó que las dos líneas antedichas representan las dos cuestiones de moralidad política más importantes. Por supuesto, el problema de que se trata es siempre de carácter normativo y la cuestión ontológica es relevante precisamente porque brinda una premisa normativa. Pero, añadió, la distinción entre las dos cuestiones es importante para clarificar los términos de la discusión, especialmente en el contexto del debate acerca de este proyecto.

Remarcó que la cuestión ontológica se refiere al estatus moral o legal de los organismos vivos que pertenecen a la especie humana antes de su nacimiento. Agregó que desde su nacimiento hasta su

muerte, es una regla generalizada del derecho occidental considerarlos personas, esto es, titulares de derechos subjetivos, en particular del derecho fundamental a la vida. Antes de su nacimiento, prosiguió, la cuestión es objeto de intrincada polémica. La cuestión ontológica consiste, en consecuencia, en la pregunta de si es correcto o no anticipar el estatus de persona, o si se quiere, de ser valioso por su dignidad intrínseca igual a los seres humanos vivos nacidos.

Indicó que existe un malentendido generalizado que consiste en suponer que la cuestión ontológica lo decide todo, es decir, que la discusión acerca de la regulación legal del aborto es una discusión de todo-o-nada, lo que consideró un error.

Consignó que las transformaciones legales que ha experimentado la legislación sobre el aborto en la segunda mitad del siglo XX y lo que llevamos del siglo XXI no consisten en la introducción de nuevas reglas que autorizan o eximen de pena a cualquiera que interrumpa un embarazo en cualquier circunstancia. Manifestó que todas las reglas se refieren al aborto como consecuencia de la interrupción de un embarazo no consentido por la mujer, es decir, no son reglas que impliquen un estatus del embrión o feto anidado con consecuencias generales, sino que se refieren exclusivamente a la carga que el embarazo implica para la mujer embarazada. Acotó que si terceros son involucrados en las autorizaciones o exenciones de pena, lo son en función del interés de la mujer y no de sus intereses propios. Por sí mismas, las reglas no declaran al embrión o feto humano desprotegido frente al progenitor de sexo masculino, o frente a terceros que actúan sin o contra la voluntad de la mujer. Por eso no se trata de una discusión de todo-o-nada, sino de un debate acerca de cuánta protección y a costa de quién debe ser dispensada.

Expuso que en esto consiste precisamente la independencia de la segunda cuestión respecto de la primera. Desde sus inicios en 1971 en los términos con que contemporáneamente se la conoce, la cuestión se plantea así: el derecho a la vida no implica un derecho a satisfacer todas las necesidades requeridas para la supervivencia en cualquier circunstancia. En cualquier sociedad moderna occidental se hace una distinción entre la restricción a la libertad general de acción que implica la prohibición de dañar a otro y la afectación de la integridad corporal como deber pasivo de solidaridad. Precisó que por regla general, a nadie le está permitido matar a otro, pero también es una regla básica que nadie está obligado a poner su cuerpo a disposición de los intereses de otro, ni siquiera de su supervivencia. Planteó que esta es la cuestión normativa: ¿cómo se puede justificar, en general, el deber de la mujer embarazada de tolerar el embarazo y llevarlo a término?

Puntualizó que la cuestión normativa es lo esencial del debate moral acerca del aborto, añadiendo que antes de abordarla, debía volver a la cuestión ontológica.

Expresó que en relación con esta cuestión existe un segundo malentendido generalizado, que consiste en la idea de que se trata de una controversia entre posiciones radicalmente contrapuestas inconmensurables. Ese, dijo, no es el caso. Los puntos de partida de la discusión en realidad son comunes.

La pregunta de si todos o solo algunos de los seres humanos son personas, esgrimida por los adversarios de la autorización del aborto como si fuera una carta de triunfo, elude la respuesta a la primera y más básica de las preguntas: ¿por qué son personas los seres humanos, ya sea todos o algunos? Indicó que la respuesta a esta pregunta no se obtiene del derecho, ni del chileno ni del comparado ni del internacional, pero es una pregunta fundamental, si no se quiere ser falaz o dogmático. Enfatizó que es evidente que de una propiedad puramente biológica, como la pertenencia de un ser vivo a una especie de alguno de los reinos de los seres vivos, no se puede deducir una propiedad moral, como lo es la dignidad intrínseca de ese ser. Añadió que los seres humanos son personas no porque sean miembros de la especie *homo sapiens,* sino porque poseen racionalidad: son seres con una conciencia reflexiva de sí mismos que tiene proyección temporal. Ese es el primer punto de partida. El segundo es la premisa contrapuesta, consistente en el reconocimiento de que la posesión actual de esas capacidades por el ser vivo no basta como criterio de identificación de las personas. Sostuvo que los seres humanos nacidos que por cualquier razón se encuentran en un estado de inconsciencia, no dejan por ello de ser personas y se preguntó cómo conciliar ambos puntos de partida es la cuestión controvertida.

Señaló que la tesis sustancialista afirma que todo ser vivo que pertenece a la especie humana es una sustancia individual con naturaleza racional y por eso, una persona. Manifestó que esa tesis se presenta por sus defensores como si estuviera dotada de una obviedad tal que solo la perversión cognitiva o moral del interlocutor puede explicar su desconocimiento. Pero todos los compromisos teóricos de la tesis son objeto de controversia. Advirtió que no tiene sentido detenerse aquí en ello. Destacó que le basta con hacer valer una consideración de sentido común. Estimó que carece de juicio de realidad tanto el que sostiene que para todos los efectos prácticos un zigoto debe ser considerado como idéntico a un niño recién nacido, como el que sostiene que para todos los efectos prácticos un feto de 7 meses de gestación debe ser considerado como idéntico, por ejemplo, a un ovario de la mujer. Se mostró partidario de la tesis de la emergencia de la personalidad en el proceso del desarrollo del ser humano y la distinción entre criterios ideales o directos y criterios prácticos o indirectos de constatación de la personalidad, en el sentido de que los segundos

flanquean la protección de los seres humanos allí donde la aplicación de los primeros podría ser incierta o dudosa.

Agregó que el más conocido y extendido de los criterios prácticos o indirectos de atribución de personalidad es el nacimiento. Ese criterio declara que con la separación del cuerpo de la mujer embarazada el ser humano vivo adquiere el estatus pleno de persona. Este es, por cierto, el criterio de la existencia legal de la persona natural, establecido en el artículo 74 del Código Civil y que ofrece el criterio de individuación requerido por el artículo 55 del mismo Código en su definición de persona como todo individuo de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición, dividiéndolos en chilenos o extranjeros.

Indicó que la adopción de la tesis sustancialista por un sector de la doctrina chilena del derecho civil se empeña en disociar un artículo del otro, sosteniendo que el artículo 74 solo tendría por finalidad regular consecuencias patrimoniales -básicamente, la sucesión hereditaria- y que el artículo 55 reconocería una personalidad natural basada en un criterio de individuación extralegal, que esa doctrina obtiene -cómo no- de la definición de ser humano como sustancia individual de naturaleza racional.

Señaló que, en principio, esta interpretación del Código Civil es por completo irrelevante para la discusión del proyecto, porque la ley preexistente por definición no vincula al legislador en sus decisiones. Añadió que su relevancia proviene del hecho que existe un nexo histórico entre el artículo 75 del Código Civil, que declara la vida del nonato como un objeto legalmente protegido, y el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política, que ordena a la ley brindar esa protección. Destacó que la doctrina civilista sustancialista busca que ese nexo no se asocie al artículo 74 del Código Civil, sino al artículo 55, es decir, que el deber de proteger la vida del nonato no sea una norma compensatoria de su inexistencia legal como persona, sino una consecuencia de su calidad de persona.

Consignó que esta es una maniobra cultural de largo alcance de la posición sustancialista para compensar su derrota al momento de redactarse el texto constitucional, porque cualquiera sean los argumentos que se quiera esgrimir hay dos hechos indesmentibles: (i) que la posición sustancialista, sostenida por Jaime Guzmán en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, fue derrotada por 3 votos contra 2, y (ii) que la redacción del artículo 19 N° 1 de la Constitución expresó esa derrota. Declaró que se puede discutir acerca de los alcances de esta derrota, pero una cosa es indiscutible: o bien la Constitución no consagra el concepto de persona de la tesis sustancialista o bien la Constitución no deduce de ese concepto la equiparación del aborto con el homicidio, porque los redactores de la Constitución consideraron que el modelo de las indicaciones, vigente en el Código Sanitario chileno al momento de esa redacción, era compatible con las reglas sobre el derecho a la vida y sobre el deber de proteger la vida

del nonato establecidas en el ya citado artículo 19 N° 1. Añadió que cualquier persona que lea la sesión 90 de la Comisión, de 25 de noviembre de 1974, puede constatar la verdad de esta afirmación.

Remarcó que esta verdad fue hecha valer por el Ministro del Tribunal Constitucional, don Marcelo Venegas, en su voto de prevención a la sentencia sobre la píldora del día después. Por esa razón, no hay voto de mayoría de ese Tribunal que ampare el ocultamiento de esta verdad. Precisó que solo cuatro Ministros de los nueve que integraban el Tribunal en esa ocasión estuvieron dispuestos a ocultarla, y cuatro votos de nueve forman un voto de minoría.

Indicó que la otra maniobra cultural de la posición sustancialista consiste en negar relevancia al hecho histórico aludido. Así, se tacha de "originalismo" a su constatación en la génesis del texto como si esa génesis fuera la única razón a favor de una interpretación de la Constitución que otorga un margen considerable al legislador para regular casos de autorización del aborto. Añadió que la razón fundamental de esa interpretación -compartida por la jurisprudencia constitucional absolutamente dominante en el derecho comparado- consiste en reconocer que una prohibición irrestricta del aborto impondría a la mujer embarazada deberes que son desproporcionados en comparación con los deberes que impone a todos la prohibición del homicidio, o sea, en reconocer la especificidad de la cuestión normativa.

Aseveró que estamos de vuelta, por lo tanto, en lo que consideró la cuestión central de la discusión: que el derecho a la vida no implica un derecho a la satisfacción de todas las necesidades requeridas para la supervivencia en cualquier circunstancia.

Sobre este punto, expresó que no estima que haya en abstracto un criterio categóricamente evidente sobre la distribución de cargas asociadas a los derechos reconocidos a las personas. Adujo que en una sociedad ordenada conforme a principios radicalmente solidarios en la que, por ejemplo, las células y órganos de quienes participan en esta sesión estuvieran a disposición de quien más los necesitara y fuera legítimo emplear la coacción en caso de alguien se negara a su extracción, no sería difícil justificar el deber de tolerar el embarazo, pero en una sociedad ordenada conforme a principios liberales, el deber de tolerar el embarazo excede todos los deberes que las demás personas tenemos recíprocamente. Recalcó que por eso, el primer problema ante la justicia no es el aborto, sino el embarazo no consentido.

¿Qué declara simbólicamente el proyecto del Gobierno sobre este punto?

Respondió que sus detractores lo acusan de privar de valor a la vida del nonato, lo que consideró falso. Para que eso fuera cierto, el proyecto tendría que contemplar reglas que autorizaran a cualquiera en ejercicio de su autonomía a darle muerte. Y ese no es el caso. Detalló que el proyecto se limita a declarar simbólicamente que el deber de tolerar el embarazo no es legítimamente exigible a la mujer en ciertas circunstancias excepcionales. Puntualizó que en palabras del Tribunal Constitucional alemán en su sentencia de 25 de febrero de 1975, donde adoptó una posición conservadora deliberadamente contrapuesta a la decisión de la Corte Suprema estadounidense en Roe vs. Wade, "en todos estos casos se hace valer otro interés también digno de protección desde el punto de vista de la Constitución con tal intensidad que el orden jurídico estatal no puede exigir a la mujer embarazada que conceda prioridad al derecho del no nacido bajo cualquier circunstancia.".

Consideró que el hecho de que en estas situaciones las reglas permitan causar la muerte de un embrión o feto -no está de más insistir en que las reglas no obligan a la mujer abortar en esas situaciones y solo la autorizan a hacerlo- nada tiene de anómalo o problemático como solución a un conflicto de intereses. Pues eso es precisamente lo que hacen todas las causas de justificación: autorizan la lesión, incluso total e irreversible, de un bien jurídico *prima facie* protegido por una prohibición de lesionar, cuando entre en conflicto con otro bien jurídico.

Manifestó que el hecho de que las autorizaciones hagan lícita interrupción del embarazo es también una consecuencia obvia de su carácter de causas de justificación conforme al modelo de las indicaciones. Agregó que las consecuencias de producir efectos meramente exculpatorios o exoneratorios de pena serían inaceptables, pues la mujer nunca podría contar con seguridad con la asistencia de un profesional de la salud e incluso podría verse expuesta a la violencia por terceros que quisieran impedir el aborto.

Prosiguió diciendo que, por cierto, con eso no está todo dicho, pues sigue en pie la cuestión de cómo y bajo qué condiciones puede legitimarse en general el deber de tolerar el embarazo. Pero, añadió, se da un primer paso. Adujo que contrariamente a lo que sostienen sus detractores, este no es un paso atrás en la ciudadanía del nonato, sino que constituye un paso adelante en la consideración del deber de tolerar el embarazo como un problema de justicia política y como tal, sujeto a límites de exigibilidad. En otras palabras, es un paso adelante en la consideración de la mujer como ciudadana cabal, esto es, inclusiva de su condición de embarazada.

Expresó que la irrupción de los principios de justicia política en la consideración de la maternidad como una carga es

chocante para la sensibilidad tradicional. Con ella se pierde lo que quizás sea el último fragmento que queda en pie de una concepción premoderna del sentido de la vida. Dijo entender el desconcierto de esta pérdida y, además, que dicho desconcierto se intensifica con la perspectiva de que el horizonte de sentido que sustituye a esa concepción premoderna es portador de una complejidad que resulta más perturbadora que orientadora, pero sustraer el embarazo y la maternidad a los principios de la igual distribución de autonomía que fundan el orden de los derechos constitucionales no es un estado de cosas que pueda ser considerado como legítimo.

Concluyó su intervención manifestando que negar a las mujeres todo espacio de decisión acerca de los sacrificios que puede representar para ellas el embarazo no es un acto de afirmación del valor de la vida, sino de imposición de una injusticia profunda.

Sesión del 28 de noviembre de 2016

En esta oportunidad, **la Comisión** escuchó las exposiciones de los profesores señores Javier Couso, Jorge Precht, Lucas Sierra y Tomás Henríquez.

En primer lugar, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra **al abogado y profesor señor Jorge Precht.**

El señor Precht agradeció la invitación de la Comisión a exponer sobre esta iniciativa, que consideró de gran relevancia, e inició su intervención anunciando que concurría en su propio nombre, razón por la cual formularía opiniones de carácter personal.

A continuación, agrupó sus consideraciones en torno a los siguientes puntos:

I. Sobre la constitucionalidad del proyecto

Respecto a la constitucionalidad de la iniciativa, manifestó que nuestra Carta Fundamental es lo que es y no lo que se quiere que sea, ni aquello a que se aspira que sea. Expresó que puede lamentarse que la Constitución se hiciera como se hizo y puede sostenerse su ilegitimidad de origen, pero es evidente su legitimidad de ejercicio. Indicó que ella ha estado vigente desde el 11 de marzo de 1981 hasta el presente, añadiendo que ha sido objeto de múltiples reformas y se ha aplicado en todas sus partes, con excepción del artículo 100 actual que ha caído en desuso hace décadas. Constató, además, que desde el año 1990 todas las altas autoridades públicas han jurado respetarla.

Hizo presente que el texto constitucional chileno contiene un precepto claro en el artículo 19, N° 1, inciso segundo, que dispone: “La ley protege la vida del que está por nacer”. Explicó que la frase antes transcrita contiene una orden al legislador pues señala que la ley debe proteger la vida del que está por nacer. De ello deriva que, *a contrario sensu*, el *nasciturus* tiene el derecho a ser protegido por la ley y su vida está garantizada por la Constitución.

Estimó que el tenor literal del texto no deja lugar a dudas.

Agregó que la interpretación de este precepto es reforzada por la clara voluntad del Constituyente. Recordó que el órgano Constituyente estaba conformado por la Junta de Comandantes en Jefe y había ya modificado la Constitución de 1925 a través del Acta Constitucional N° 2, de 1976. En dicha Acta se determina que el Estado debe promover el bien común, con pleno respeto a la dignidad del ser humano. Por su parte, el Acta Constitucional N° 3 dispuso: “La ley protege la vida del que está por nacer”. A la vez, en el considerando primero del decreto ley N° 1.552, del Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial N° 29.558-A, de 13 de septiembre de 1976, se expresa: “1. Que siendo los derechos del hombre anteriores al Estado… la protección y garantía de los derechos básicos del ser humano constituyen necesariamente el fundamento esencial de toda organización estatal”.

Por lo tanto, precisó que la voluntad del Constituyente de 1980 ha sido absolutamente clara y que la frase contenida en el actual artículo 19, N°1, inciso segundo, proviene del Acta Constitucional mencionada y, en consecuencia, forma parte del ordenamiento constitucional chileno desde el 13 de septiembre de 1976.

Además, connotó que es preciso recurrir a la historia del texto constitucional. En esta materia, expresó que el recurso a la historia de un texto para fijar su adecuada interpretación es un expediente normal, tanto en el derecho interno como en el derecho internacional. Incluso, dijo, aunque no existiere una “historia fidedigna”, nada impide recurrir a los “trabajos preparatorios”.

Recordó que el año 1992 apareció en la Revista Chilena de Derecho, volumen 19, N° 3, páginas 509-525, un artículo de su autoría titulado: “Consideraciones ético-jurídicas sobre el aborto terapéutico”. Allí se encuentra un detenido análisis de las actas de los dos órganos que intervinieron en los trabajos preparatorios, esto es, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y el Consejo de Estado, el último de los cuales fue creado por el decreto ley N° 1.319, de 9 de enero de 1976, como asesor superior del Presidente de la República.

Recalcó que a menudo se han estudiado solo las Actas de la Comisión Ortúzar, manifestando que, sin embargo, es fundamental el análisis de la labor del Consejo del Estado.

Sostuvo que le parece poco divulgada la discusión en dicho Consejo, que transcribe en la página 520 lo dicho por don Juvenal Hernández: “Más adelante el anteproyecto también toma otro concepto incluido por don Andrés Bello en el Código Civil, cual es la protección de la vida del que está por nacer. Sabemos que el aborto es un delito, ¿vamos a darle también rango constitucional?”. Reseñó que la pertinente pregunta de don Juvenal fue contestada en la sesión 58, celebrada el 12 de diciembre de 1978 (Tomo I de las Actas del Consejo de Estado, páginas 354 y 355). La duda planteada en la sesión 56 es renovada por el conocido jurista laicista, ex Rector de la Universidad de Chile, en la sesión 58. Intervienen el Presidente Alessandri Rodríguez y los Consejeros Ibáñez, Philippi, Huerta y Coloma y después de un breve debate se somete la cuestión a votación y se acuerda por once votos -señores Ezquerra, Urrutia, Izurieta, Barros, García, Carmona, Ortúzar, Cáceres, Philippi, Medina y Coloma- mantener el inciso segundo.

Subrayó que este antecedente es muy importante, porque aquí no solo hay historia, sino “historia fidedigna”. Destacó que aquí se votó, se aprobó un texto y se proscribió el aborto a nivel constitucional y tal aprobación y proscripción se entregó a la Junta de Comandantes en Jefe.

Aseveró que ello es lo que tuvo en cuenta el Constituyente de la época, agregando que la fórmula adoptada se hizo con plena conciencia de que el legislador no está constitucionalmente habilitado para aprobar el aborto. Añadió que un analista puede tener el juicio político que quiera sobre las personas que intervinieron o sobre la competencia profesional de las mismas, pero un jurista debe atenerse a los hechos, conforme al principio de realismo jurídico.

Por lo tanto, destacó que es un hecho irrebatible que ambos órganos, tanto la Comisión Ortúzar, que fue encargada de preparar una propuesta de reforma de la Constitución de 1925, como el Consejo de Estado, al que le fue encomendada la revisión de la propuesta, cometido efectuado en octubre de 1978 -oficio 6.538/13 de la Casa Militar- aprobaron un texto cuya interpretación no deja lugar a dudas.

Precisó que el legislador tiene una tarea insoslayable que cumplir. Agregó que además de la clara voluntad del Constituyente, ratificada por el artículo 19, N° 1, inciso segundo, por el texto aprobado en el 2005 por el ex Presidente señor Lagos, al cual el artículo 2° de la ley N° 20.050 le encomendó fijar un texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución de 1980 y que el Primer Mandatario promulgó mediante decreto supremo N° 100 del MINSEGPRES, publicado

en el Diario Oficial de 22 de septiembre de 2005, es necesario recurrir a la interpretación sostenida durante la vigencia de la Constitución de 1980 por los órganos públicos competentes.

Consideró que estos órganos (Corte Suprema, Tribunal Constitucional, Senado de la República y Contraloría General de la República) están acordes en que el legislador tiene un mandato expreso de proteger la vida del "ser humano" que está por nacer.

Manifestó que como este punto ha sido abordado en su intervención por su distinguida exalumna, la profesora señora Ángela Vivanco, no insistiría en el tema.

Sin embargo, expresó que como a pesar de haber sido profesor de Derecho Constitucional en las Universidades de Valparaíso, Talca y Diego Portales, es más conocido como administrativista, trayendo a colación el dictamen N° 25.403, de 21 de agosto de 1995, de la Contraloría General de la República, el cual analizó en su artículo: "La administración del Estado al servicio de la persona en gestación", Revista de Derecho Público (Universidad de Chile, volumen 1995, N°s 57-58).

Explicó, luego, que la ley N° 19.123, que creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, estableció pensiones de reparación en su artículo 17 y otros beneficios en favor de determinadas personas. El artículo 18 de la ley antedicha establece que serán causantes de la pensión "las personas declaradas víctimas de violaciones a los derechos humanos o de la violencia política". Agregó que la ya mencionada Corporación declaró causantes a las madres víctimas así como a los nonatos víctimas de las sevicias. La Contraloría, al pronunciarse sobre el asunto, señaló: "Por su parte el artículo 19 N° 1 de la Constitución prescribe, en lo que interesa, que: "La ley protege la vida del que está por nacer", es decir, por mandato de la Ley Suprema es imperativo para el legislador observar reglas destinadas a amparar a quienes no obstante no haber nacido, constituyen una persona en gestación.".

Sostuvo que las disposiciones precedentemente mencionadas de la Constitución deben entenderse complementadas, a su vez, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto San José de Costa Rica", promulgada por nuestro país mediante decreto N° 873, de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que en su artículo 4°, N° 1, 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. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.".

En consecuencia, aseveró que el Órgano Contralor mantuvo el criterio de la Administración Activa en el sentido de que

el no nacido podía ser considerado causante, pues impedir su nacimiento implicaba violación a sus derechos humanos y era fruto de la violencia política.

Concluye la Contraloría: “Así pues, y como quiera que acorde con el artículo 5° de la Carta Fundamental es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos que emanan de tratados internacionales -cuyo es el caso de la aludida Convención Americana sobre Derechos Humanos- el nonato debe ser considerado como persona para los fines en comento, de modo que si la vida de un ser en gestación ha sido interrumpida en las circunstancias previstas en la Ley N° 19.123, éste debe ser considerado como causante de los beneficios que esta normativa regula.”.

Por ello, enfatizó que en la ley N° 19.123 la protección del Estado al nonato es separable de la protección del Estado a su madre, haya ésta fallecido o sobrevivido.

Explicó que ya con anterioridad había la Contraloría abordado el tema en su dictamen N° 14.525, de 1992. En este caso, el Servicio Nacional de Menores, frente a la petición de la Corporación de Derecho Privado “Movimiento Anónimo por la Vida” y ante una solicitud para obtener financiamiento de la Corporación para proyectos de protección de los nonatos, declaró que tal financiamiento era procedente.

Sostuvo que el dictamen de la Contraloría es sensible a lo expuesto por el organismo recurrente, es decir, a la “imperiosa necesidad de que exista un organismo público que se haga cargo del niño cuya existencia perinatal se encuentra en riesgo…”.

Añadió que el mencionado dictamen examina las disposiciones constitucionales y legales sobre protección del que está por nacer y concluye que dicha protección es una “necesidad pública” y por tanto “es tarea del Estado contribuir a su satisfacción a través de los órganos y procedimientos pertinentes”. Habida consideración de que no existe, dentro de la Administración del Estado, otro servicio público al cual se haya concedido por la ley, de manera especial y excluyente, la función de dispensar auxilio al niño que está por nacer y que se encuentra en peligro moral o material es acorde a derecho, de donde resulta que en ningún caso podría sostenerse que al intervenir en dicho orden de materias, el organismo requirente priva de una esfera de atribuciones reservada por ley a otro ente público, por lo que esta Contraloría aprueba las facultades del SENAME para celebrar convenios en beneficio de los menores concebidos.”.

Consultado el Órgano Contralor, consignó que se le informó que los dos dictámenes citados se encuentran vigentes a la fecha de esta intervención en el Senado.

Manifestó, enseguida, que el profesor don Eduardo Soto Kloss ha abordado el tema de la vía jurisdiccional en su artículo “Derecho a la vida y recurso de protección”, publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 81, 2.5, 60, y allí sostuvo la procedencia del recurso de protección en favor del nonato. Es lo que se falló por la Corte de Apelaciones de Santiago el 29 de septiembre de 1989 (Revista Gaceta Jurídica N° 111, p. 33) en el caso Aída Monje con Isapre Promepart.

A todo lo dicho agregó que está vigente el artículo 19, N° 26, de la Carta Fundamental, que se refiere precisamente a los derechos que establece la Constitución y contiene una prohibición expresa al legislador: “N° 26. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”.

Expuso que es del todo evidente que este artículo es una cláusula general de salvaguardia de todo el artículo 19, como lo sostuvo en su trabajo “Las limitaciones a los derechos fundamentales en Chile y una cláusula general regulatoria de tales limitaciones”, Revista Chilena de Derecho, vol. 28, N° 2, pp. 277-279 (2001).

En consecuencia, manifestó que el legislador no puede alterar la garantía constitucional en favor del *nasciturus* ya que no tiene mandato constitucional para ello, ni puede afectar el derecho a la vida del nonato y si lo hace actúa de una manera contraria a la Constitución.

Recalcó que por todo lo dicho, el proyecto en trámite es inconstitucional.

Declaró que al establecer el aborto bajo tres causales, el legislador del proyecto contenido en el boletín N° 9.895-11 viola abiertamente el artículo 19, N° 1, inciso segundo, de la Constitución porque no protege la vida del que está por nacer; por el contrario, autoriza su destrucción. Precisó que la interpretación de dicho artículo aparece clara ante el derecho público por el tenor literal de la norma, por el análisis de los trabajos preparatorios de la Constitución y por la aplicación que la norma ha tenido en sede legislativa, judicial, del Tribunal Constitucional y administrativa.

Por otra parte, aseguró que el proyecto vulnera el artículo 19 N° 26 de la Constitución, ya que está prohibido al legislador afectar los derechos en su esencia y alterar las garantía que la Constitución establece y porque no ha sido autorizado el legislador por mandato de la Constitución a afectar el derecho a la vida del nonato, sino todo lo contrario.

Añadió que al no proteger la vida del que está por nacer el legislador cae, asimismo, en una inconstitucionalidad por omisión.

Pero además, en los hechos, connotó que el legislador pretende reformar la Constitución por vías no contempladas en el Texto Fundamental. Afirmó que lo que efectúa el legislador es, en los hechos, agregar al artículo 19 N°1, inciso segundo, lo siguiente: “salvo en el caso de aborto por las tres causales siguientes”. Destacó que hay aquí una reforma constitucional encubierta, violándose, por ende, los artículos de la Constitución referidos a como se puede modificar nuestra Carta Fundamental.

Recalcó que aparecen vulnerados, además, los artículos 6° y 7° y, como se explicará en el acápite II de esta minuta, también se violenta el artículo 5°, inciso segundo. Dice el artículo 6°: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución…, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de la Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.”. Y el artículo 7°: “Los órganos del Estado actúan válidamente…, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. (…) Todo acto en contravención a este artículo es nulo…”.

Así, entonces, aseguró que este proyecto en la versión original contenida en el Mensaje debió ser declarado inadmisible por inconstitucional conforme al artículo 24 y 25 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. Adujo que el hecho de no haberse efectuado tal declaración no elimina la inconstitucionalidad del proyecto, el que continúa siendo inconstitucional en su redacción actual; por lo tanto, los señores Parlamentarios pueden usar los mecanismos legales y reglamentarios vigentes para la defensa de la Constitución en el Congreso, como también pueden preparar la vía para el requerimiento al Tribunal Constitucional en el momento oportuno.

Expresó que cuando mencionó el Reglamento del Senado, se refiere a la cuestión de inadmisibilidad por inconstitucionalidad (artículo 131 numerales 2, 4, 5, inciso penúltimo del artículo 131 en relación al artículo 122, siendo señalado el orden de votación en el artículo 166, inciso primero).

II. El proyecto de despenalización del aborto por tres causales ante el Derecho Internacional Convencional aplicable a Chile

Manifestó que, a su juicio, hay solo dos tratados internacionales obligatorios para Chile y directamente relacionados con la materia del presente proyecto de ley. Son ellos la Convención Americana de Derechos del Hombre de 1948 y el Convenio Internacional sobre Derechos

del Niño. Este último fue promulgado mediante Decreto Supremo N° 873, de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Expresó que el artículo 4.1 de la Convención Americana mencionada dice lo siguiente: “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.”.

Consideró que es preciso, entonces, aplicar los criterios de interpretación consagrados en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Según ellos, los tratados deben interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (artículo 31.1 de dicha Convención). “Los medios complementarios de interpretación, en especial los trabajos preparatorios del tratado son utilizables para confirmar el sentido resultante de aquella interpretación o cuando esta deje ambiguo u oscuro el sentido o conducta o un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable” (ibíd., artículo 32).

Argumentó que como puede comprobarse, la Convención de Viena privilegia los elementos objetivos. Acorde a ellos, no cabe duda que el concepto de “persona” es atribuido al feto y desde el momento de la concepción. Por lo demás, agregó que aunque las ideologías hoy en boga quieran ignorarlo, todo el conjunto de instrumentos internacionales de los años siguientes a la Segunda Guerra Mundial están impregnados de *iusnaturalismo*, añadiendo que estaban demasiado cerca las atrocidades de aquella conflagración mundial para tomar posiciones positivistas y relativistas.

Por tanto, consignó que conforme al Pacto de San José de Costa Rica, el derecho a la vida del embrión debe ser garantizado desde la concepción. Enfatizó que eso es precisamente lo que no hace el proyecto de ley que se le pidió informar.

Pero, adicionalmente, afirmó que Chile está obligado a cumplir la Convención sobre los Derechos del Niño, vigente en el país. El artículo 1 señala: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”.

Connotó que pareciera que el *nasciturus* no está incluido en el concepto “niño”, pero si nos vamos al Preámbulo de la Convención, que forma parte integral del texto pactado, y si recurrimos a él para la correcta interpretación, leemos lo siguiente: “Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño, por su

falta de madurez física y mental, necesita la debida protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". Véase, entonces, destacó, que la Convención hace suya la Declaración en este punto preciso.

Sostuvo que el presente proyecto de ley no otorga la debida protección al niño no nacido ni aplica el principio del "interés superior del niño". Todo lo contrario, permite en tres causales la destrucción del niño en el vientre materno.

Agregó que 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" (artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución).

Lo es, además, porque la ley –de aprobarse- obligaría a todos los órganos estatales involucrados a dejar sin cumplimiento el deber que les señala el artículo 5°, inciso segundo, del Texto Fundamental en cuanto a que "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.".

III. Observaciones adicionales

Observó que hasta el año 1989, el Código Sanitario disponía: "Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión de dos médicos cirujanos", con lo cual daba una solución equilibrada al asunto del aborto. Esa redacción era perfectamente conciliable con la Constitución de 1980. Si a ello se agrega el antiguo artículo 26 del Código de Ética del Colegio Médico de 1980, el conjunto era armónico: "El médico debe respeto a la vida humana desde el momento de la concepción. El aborto procede solamente cuando se cumplen las siguientes condiciones, además de lo previsto en el inciso anterior: (a) que la decisión médica debe ser emitida por escrito, por facultativos escogidos por su competencia y (b) que la operación sea efectuada por un médico especialista". "Si el médico considera que su convicción no le permite aconsejar o efectuar un aborto por entender que se trata de una operación no terapéutica, él debe retirarse permitiendo la continuación del cuidado médico con otro médico calificado.".

Consideró que dicho sistema funcionó bien, señalando que la gran ventaja es que se basaba en la confianza de todas las partes involucradas y no atentaba contra el embrión. Por otra parte, daba un margen de maniobra aceptable. Reconoció que el concepto de "fines terapéuticos" era jurídicamente indeterminado y ello dio lugar a casos abusivos y fue objeto de manipulación ideológica por las fundaciones

extranjeras que desde antaño han financiado en Chile las campañas eugenésicas, siendo la principal de tales entidades la Fundación Rockefeller.

Reseñó que el texto mencionado fue reemplazado en 1989 para tratar de evitar abortos no terapéuticos. Pero detrás de esta reforma, continuó, se aprecia un talante rigorista y castigador. Señaló que el almirante Merino, gran autor y promotor del proyecto, procedió, con la ayuda de asesores jurídicos católicos integristas, a este nuevo texto, fruto de un celo intemperante: “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”. Con esta nueva redacción, el aborto por negligencia debería ser sancionado, lo mismo ciertos casos de aborto indirecto.

Recalcó que no se hacen estas observaciones con el fin de volver al pasado, sino con el objeto de no cometer errores en la nueva legislación que se prepara. Manifestó que debe examinarse si el ámbito de libertad, de espacio entregado a la conciencia individual, del respeto a la relación médico paciente es adecuadamente establecido en el proyecto de ley.

Por otra parte, subrayó que el aborto es un hecho concreto, en tanto la ley es siempre una norma general, abstracta y permanente. El aborto es normalmente un drama humano, cuando no una tragedia. Es un acto, una situación límite. Por ello, indicó que lo más prudente es no llevar la ley a esferas que necesitan ser tratadas más bien por reglamentos, resoluciones, protocolos, códigos de ética, etc. En este sentido, consideró que los artículos 8 y 9 del Código de Ética del Colegio médico son hoy en día suficientemente claros, teniendo en cuenta que la ley debe estatuir solo las “bases esenciales de un ordenamiento jurídico” (artículo 63 N° 20 de la Constitución).

Opinó que se pretende que el Estado debe aprobar este proyecto en cumplimiento de obligaciones internacionales contraídas libremente y lamentó que el Mensaje del Gobierno de la Presidenta Bachelet afirme sin ambages que “nuestro país no puede sustraerse a estas recomendaciones postergando por más tiempo una decisión, ni puede continuar soslayando la grave vulneración de derechos que esta situación supone” (p. 18).

En efecto, recordó que en las páginas 14 a 18 del Mensaje se mencionan “recomendaciones” de organismos internacionales creados por los Pactos de Derechos Humanos para la interpretación y fiscalización de la aplicación de los tratados. Agregó que éste menciona “recomendaciones” del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité de los Derechos del Niño; el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas; del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Recalcó que ni el Congreso Nacional ni el Ejecutivo están obligados o vinculados por “recomendaciones” y precisó que lo que obliga al Congreso Nacional son los pactos a los cuales prestó su aquiescencia para que fueran ratificados.

Declaró que las “recomendaciones”, informes, opiniones consultivas, etc., deberán ser ponderadas en su propio mérito, con entera libertad. Tal, por lo demás, ha sido el criterio del Senado cuando en 1999 no dio su autorización para que fuera ratificado el Protocolo Facultativo que otorgaba facultades cuasi-jurisdiccionales al Comité de la CEDAW.

Concluyó manifestando que el Estado de Chile debe sentirse absolutamente libre de ataduras dentro de un sistema de “colonialismo ideológico” en el que muchas veces se ha convertido el *soft-law*, que justamente ha sido calificado por la doctrina europea como “una legislación por la puerta de atrás”, que no solo erosiona la soberanía nacional, sino también la identidad de las naciones y su diversidad cultural.

Luego, el **Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya** ofreció la palabra al **profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, señor Javier Couso.**

El señor Couso comenzó su intervención señalando que el 31 de enero de 2015, la señora Presidenta de la República presentó a la Cámara de Diputados el Mensaje Nº 1.230-362, que dio inicio a este proyecto planteando la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo para tres causales precisas y determinadas, fundándose en la dignidad de las mujeres y en el deber del Estado de asegurar el respeto y protección de la vida y la salud de las mismas.

Adicionalmente, expresó que el Mensaje hace referencia a la historia de las políticas públicas de salud de las mujeres embarazadas en Chile, así como a las diversas iniciativas parlamentarias que -desde comienzos de la década de los noventa- han intentado terminar con la legislación penal que afecta a las mujeres que, por motivos de extrema gravedad, necesitan interrumpir sus embarazos.

Indicó que los fundamentos de la iniciativa descansan en la dignidad de las mujeres afectadas, en el derecho a la vida y a la salud y en la garantía de igualdad de las mismas, que son valores y garantías reconocidos por el derecho constitucional vigente. Asimismo, se basa en la autonomía de la mujer, que se desprende de nuestra Carta Fundamental.

Declaró que la iniciativa legal bajo análisis se origina también en los compromisos de nuestro país con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puesto que la penalización del aborto sin excepciones -que existe en nuestro país desde fines de la década de los ochenta- representa un claro incumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas en relación a la garantía del pleno goce de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica de las mujeres. En efecto, advirtió, diversos organismos de Naciones Unidas han solicitado al Estado de Chile que modifique su exageradamente punitiva legislación en el ámbito del aborto.

Hizo presente que el Mensaje añade que en el derecho comparado existen básicamente dos tipos de regulaciones del aborto voluntario. Uno, que contempla un sistema de plazos permitiendo la interrupción del embarazo sin exigir a la mujer justificar sus motivos, y otro, que plantea indicaciones o causales que habilitan a las mujeres a interrumpir voluntariamente el embarazo en circunstancias determinadas, aunque también hay países que combinan ambas modalidades.

Apuntó que en el caso de esta iniciativa se pretende introducir el sistema más restrictivo, esto es, el de indicaciones o causales, similar a las legislaciones existentes en Italia, Bolivia, Brasil, Colombia, Panamá, Argentina e Irlanda.

Destacó que el Mensaje continúa declarando que el proyecto es consistente tanto con el deber del Estado de promover una vida digna para las mujeres, como con su obligación de proteger la vida del que está por nacer. Afirmó que la iniciativa representa, en efecto, un esfuerzo por compatibilizar la promoción y protección del derecho a la vida, a la salud y a la autonomía de la mujer y la protección del no nacido. En definitiva, de lo que se trata es de reconocer que existen circunstancias muy calificadas en que el Estado no debe castigar a la mujer que interrumpe voluntariamente su embarazo.

Finalmente, y en consonancia con lo preceptuado por la Carta Fundamental vigente, recalcó que esta iniciativa no obliga bajo ninguna circunstancia a que una mujer interrumpa su embarazo.

A continuación, agrupó sus observaciones en torno a los siguientes aspectos:

I.- Descripción del proyecto de ley

a) Éste aborda tres circunstancias precisas y determinadas que autorizan a la mujer, niña o adolescente para interrumpir su embarazo. Estas son:

- Para evitar un grave peligro para la vida de la embarazada;

- Cuando el embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina, y

- Cuando el embarazo sea resultado de una violación.

La interrupción del embarazo en estas tres causales deberá consagrarse como una legítima prestación de salud.

Agregó que atendida la necesaria ponderación entre bienes inconmensurables (como los son, por una parte, la vida, la salud y la dignidad de las mujeres y, por la otra, la protección de la vida del que está por nacer) en situaciones extremas de afectación de la dignidad y derechos básicos de la mujer o niña, el proyecto garantiza el discernimiento de las mismas, de manera que expresen su voluntad libre en estas circunstancias tan dramáticas de manera escrita y previa, en cada una de las tres causales o indicaciones en que se propone despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo.

Enfatizó que en el caso en que la vida de la mujer embarazada se encuentre en peligro, la finalidad de la despenalización es asegurar que ella tenga acceso a los tratamientos médicos necesarios para preservar su vida y su salud, aun cuando la realización de los mismos implique la interrupción del embarazo. Lo anterior considerando que la actual situación de penalización del denominado “aborto terapéutico” genera incertidumbre en los médicos tratantes, así como el hecho de que la actual regulación no asegura que sea la mujer quien finalmente tome la decisión de interrumpir el embarazo en situaciones de peligro para su vida o salud.

En relación a la hipótesis en que el embrión o feto padezca una alteración estructural congénita incompatible con la vida extrauterina, precisó que la inviabilidad del nonato deberá ser debidamente diagnosticada por un equipo médico, pero la decisión de interrumpir el embarazo será siempre de la mujer. El permitir el aborto voluntario en este caso -denominado por la doctrina como “aborto eugenésico”-, supone reconocer que el forzar a una mujer a llevar a término su embarazo -o bien obligarla a que espere la muerte del feto- la somete a un daño sicológico o sufrimiento innecesario e injustificable. Añadió que en esta indicación, el Estado deberá entregar a la madre información por escrito sobre las alternativas a la interrupción del embarazo, incluyendo los programas de apoyo social y económicos disponibles, asegurando -eso sí- condiciones para que efectivamente sea la mujer quien tome la decisión final, acompañada de sus redes familiares y de apoyo, si así lo desea, y ofreciéndole los cuidados paliativos que resulten del caso.

Manifestó que en la hipótesis de un embarazo que es el resultado de una violación -que la doctrina denomina “aborto criminológico”-, el proyecto propuso la autorización a la mujer para interrumpirlo hasta las 12 semanas de gestación y hasta las 18 semanas cuando se trate de niñas menores de 14 años. Precisó que el motivo para despenalizar esta causal de interrupción voluntaria del embarazo es fundamentalmente humanitaria, ya que no es razonable exigir a una madre -que generalmente será una niña o adolescente que sufre episodios repetidos de violación intrafamiliar- que ha padecido una de las transgresiones más violentas a su integridad física y síquica, que lleve a término el embarazo ocurrido como resultado de un crimen tan serio. Indicó que lo contrario supone imponer una obligación estatal -sancionada, además, penalmente- por un acto enteramente ajeno a su voluntad y esencialmente abrogatorio de su dignidad y de su integridad física y síquica.

Agregó que así como en el caso de la causal señalada inmediatamente más arriba, en estos casos el Estado deberá entregar a la mujer información por escrito sobre las alternativas a la interrupción del embarazo, incluyendo programas de apoyo social y económicos. Destacó que considerando la crítica situación sicológica que inevitablemente enfrenta una mujer que ha sufrido una violación, el equipo de salud que la atiende deberá evaluarla y proveer la información necesaria cuidando especialmente de tener un trato respetuoso hacia ella. En relación a esta causal, recordó que el proyecto contempla medidas de protección de las niñas y adolescentes afectadas, atendido que el ordenamiento jurídico aplicable en nuestro país exige proteger el ‘interés superior’ de las mismas, reconociendo su autonomía progresiva. Por esto, se otorga un reconocimiento de autonomía limitada para las menores de 18 años y mayores de 14 años, exigiendo el conocimiento de sus representantes legales y, a falta de estos, de otro adulto. Expresó que en el caso de las niñas menores de 14 años, ellas deberán actuar con la debida autorización de su representante legal, por lo que, junto con el equipo de salud, se establece la posibilidad de solicitar al juez de familia que -teniendo siempre el interés superior de la niña afectada en consideración- otorgue la autorización para interrumpir el embarazo de la menor violada en subsidio de sus representantes.

Reconociendo que la violencia sexual que afecta a niñas y adolescentes con frecuencia se manifiesta dentro del hogar, añadió que se autoriza al médico cirujano a prescindir de la solicitud de autorización de la menor de 14 años cuando existan antecedentes de exposición de la misma a riesgo de violencia intrafamiliar, coacción, amenaza o maltrato, desarraigo o abandono. En esos casos, se podrá recurrir al juez de familia competente.

b) Rol de los prestadores y profesionales de la salud

Sostuvo que en consonancia con la despenalización en las tres situaciones ya mencionadas, y considerando que se busca equilibrar los derechos fundamentales de la mujer o niña embarazada que se encuentre en situaciones críticas para su vida, salud o dignidad con la importancia que la Constitución reconoce al nonato, el proyecto considera las siguientes regulaciones:

- Información sanitaria que debe otorgarse a la mujer o niña para tomar una decisión consciente, y

- Entrega de información veraz sobre alternativas a la interrupción del embarazo.

c) Constatación de las causales

De acuerdo al proyecto, la regla general es que se requiere el diagnóstico de un médico cirujano para cada una de las indicaciones o causales, el que debe, luego, ser ratificado por el diagnóstico de otro profesional. Esta regla general, por supuesto, tiene excepciones en casos en que se requiera una intervención médica inmediata e impostergable.

En el caso de violación, se puede imponer a la mujer la obligación de iniciar un proceso penal como condición para interrumpir su embarazo.

d) Objeción de conciencia

Atendido el carácter polémico que tiene aún en nuestro país la interrupción voluntaria del embarazo -incluso en las graves situaciones para las cuales el proyecto lo despenaliza-, podría ocurrir que algunos médicos tratantes consideren contrario a sus principios el participar en un aborto voluntario. Por lo dicho, la iniciativa autoriza a los médicos cirujanos a expresar por escrito y previamente su objeción de conciencia. En todo caso, el proyecto hace explícito el deber ético del médico objetor de informar cuando una paciente se encuentra en alguna de las causales. En esos casos, el prestador de salud tendrá la obligación de derivar a la mujer afectada a un profesional que no manifieste objeción de conciencia.

Finalmente, indicó que la iniciativa dispone que la objeción de conciencia no puede ser un obstáculo en aquellos casos excepcionales en que la mujer requiera la interrupción de modo inmediato e impostergable y en que, además, no exista otro médico que pueda realizar tal intervención.

e) Confidencialidad

El proyecto busca prevenir que la mujer se inhiba de entregar información por temor a una posible sanción, lo cual no sería raro, dada la larga historia de persecución penal del aborto voluntario a todo evento que el proyecto pretende terminar. Por ello, se privilegia el deber de confidencialidad por sobre el deber de denuncia.

f) Modificaciones al Código Penal y al Código Procesal Penal

Manifestó que producto de la reformas al Código Sanitario que introduce el proyecto de ley bajo análisis, se hizo necesario adecuar también otros cuerpos legales. Así, se agregan nuevos incisos a los artículos 344 y 345 del Código Penal, estableciendo expresamente que no constituirá delito de aborto la interrupción del embarazo en los casos autorizados por el proyecto y se añaden dos disposiciones al Código Procesal Penal, que harán primar el deber de confidencialidad por sobre el deber de denuncia.

II. El argumento de base de la objeción de la constitucionalidad al proyecto

Expuso que una vez resumido el contenido y fundamentos del proyecto, correspondía realizar un análisis acerca de su constitucionalidad.

En lo que sigue, expresó que se refuta el argumento que a su juicio representa la base fundamental en que descansan las demás objeciones de constitucionalidad de quienes se oponen al proyecto, esto es, la noción de que no habría diferencia constitucional ni moral entre el concebido no-nacido y las persona humanas a las cuales nuestra Carta Fundamental reconoce el derecho a la vida.

Agregó que la pregunta central que desde una perspectiva constitucional hay que hacerse, es si la iniciativa atenta o no contra nuestro ordenamiento constitucional. Para ello, consideró importante recordar que los derechos fundamentales reconocidos en Chile se encuentran consagrados tanto en el texto de la Constitución de 1980 como en los tratados internacionales pertinentes ratificados que se encuentren vigentes, como la Convención Americana de Derechos Humanos o la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

En efecto, y sin prejuzgar acerca de la jerarquía o el estatus de los instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el sistema de fuentes del derecho chileno, por mandato del

artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, consignó que debe hacerse una interpretación armónica de todas las normas que limitan la soberanía con el objeto de garantizar los derechos de la persona humana.

Como se planteó por el propio Mensaje del Ejecutivo, la iniciativa en cuestión busca equilibrar dos valores constitucionales de la más alta importancia. Por una parte, el derecho a la vida y a la salud de la mujer, así como su dignidad como persona humana y, por la otra, la obligación de proteger la vida del nonato.

Precisó que en esta exposición se argumenta que el proyecto de ley bajo análisis cumple a cabalidad con el ordenamiento constitucional vigente en Chile, puesto que efectúa un adecuado equilibrio entre los valores y derechos constitucionales en juego. Por esto, no debe ser objeto de reparo constitucional alguno.

En efecto, destacó que éste no solo equilibra adecuadamente los derechos humanos de la mujer con los intereses constitucionalmente protegidos del nonato, sino que, además, representa el cumplimiento del deber constitucional e internacional del Estado de Chile de asegurar la protección y promoción de la vida, la salud y la dignidad de mujeres embarazadas enfrentadas a las trágicas circunstancias que constituyen las tres causales de despenalización contempladas, al tiempo que protege de la mejor manera posible en estas situaciones límite a los embriones involucrados.

Añadió que si se analizan las tres indicaciones de despenalización que contempla el proyecto, se advierte que solo una concepción extrema de la protección que el legislador debe otorgar a la vida del que está por nacer -basada en la noción de que el concebido no nacido es jurídica y moralmente equivalente a una persona humana-, podría llevar a subordinar la vida, la salud y la dignidad de mujeres, niñas y adolescentes a la mantención a toda costa de la vida de los embriones.

Por otra parte, enfatizó que aun cuando sería más adecuado poner el foco primordialmente en los derechos sexuales y reproductivos, la dignidad y la autonomía reproductiva de las mujeres, niñas y adolescentes que experimentan las críticas situaciones en que el proyecto de ley las autorizará a interrumpir sus embarazos -ya que son, a fin de cuentas, las deberán cargar con los riesgos vitales y a la salud que se siguen del hecho de verse obligadas a tener que llevar a término embarazos en las situaciones consideradas-, el debate suele plantearse por parte de quienes se oponen a la despenalización del aborto basándose en la supuesta naturaleza de “persona” del nonato.

Consideró que de ahí que aparezca como ineludible el abordar la cuestión de la naturaleza jurídica del concebido no nacido, pues dependiendo de lo que se concluya a este respecto se siguen importantes consecuencias para afirmar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de todas o de algunas de las causales de despenalización planteadas por la iniciativa.

Subrayó que lo dicho anteriormente no significa que él piense que -en el caso que se concluyera que el nonato debiese considerarse constitucionalmente como una persona humana- de ello se sigue la necesidad de penalizar las tres indicaciones de interrupción voluntaria del embarazo que nos ocupan.

Hecha esta precisión, indicó que a continuación abordará precisamente la compleja cuestión de la naturaleza jurídica del embrión.

III. El estatus del nonato en la teoría y la práctica cultural de Occidente y su impacto en la legitimidad de la despenalización del aborto voluntario

a.- Señaló que históricamente, el estatus o naturaleza del nonato fue objeto de una intensa controversia, incluso al interior de la propia Iglesia Católica. Por supuesto, esto se explica por los diferentes grados de conocimiento científico respecto del proceso de gestación humana que hubo en las diferentes etapas de la historia de este debate. En efecto, -y como lo describe Kristin Luker (1984)-, en un principio el desconocimiento respecto de los aspectos más básicos de la ciencia de la reproducción humana llevó a teólogos católicos del medioevo a considerar que ya en el gameto masculino se encontraban ‘personas’ dotadas de alma, tesis que fue luego abandonada. En esa época, el carácter de persona estaba asociado al momento en que se pensaba que el “alma” entraba al cuerpo del no nacido. Esta asociación entre personalidad y adquisición del “alma” es propia de lo que Jurgen Habermas (1994) denomina como una “era metafísica”, es decir, una época en que existía una religión o filosofía moral indiscutida que la generalidad de la población reconocía como válida.

Agregó que hacia fines del medioevo -y hasta los inicios de la era moderna-, la fijación del momento preciso en que se consideraba que el nonato adquiría un ‘alma’ fue variando de acuerdo a distintos criterios que ahora nos parecerían sumamente arbitrarios. Luego, promediando el siglo diecinueve -precisamente en el momento en que se elaboraron buena parte de los códigos civiles en Europa continental y en América Latina- la adquisición del estatus de persona humana se fijó en el momento del nacimiento, sin perjuicio de que la ley disponía la protección del embrión.

En este sentido, reflexionó que es interesante constatar que solo hacia mediados del siglo veinte se instaló con fuerza en ciertos sectores religiosos la idea de que no habría una diferencia jurídicamente significativa entre el nonato y el ya nacido, con la consiguiente consecuencia de promover la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo.

A esto puede haber contribuido el hecho de visualizar al nonato mediante tecnologías médicas antes inexistentes. Lo que llama la atención es la pasión que despertó la defensa de la vida del nonato en dichos círculos, a pesar de que la noción de que el embrión es equivalente a una persona ya nacida representaba una postura relativamente nueva en la historia de Occidente. Remarcó que la intensidad de la defensa de esta postura transformó el debate respecto al aborto en una verdadera "guerra cultural" en diversos países, lo que en ocasiones ha impedido un debate objetivo respecto del mismo.

Manifestó que a pesar de que en décadas recientes el conocimiento de la ciencia médica respecto del desarrollo gestacional y del genoma humano ha aumentado de manera exponencial, lo cierto es que la comunidad científica no ha sido capaz de establecer categóricamente si el concebido no nacido debe o no ser considerado como una persona humana.

En efecto, destacó que si bien existe consenso en que desde la concepción surge una vida humana genéticamente distinguible de la de sus progenitores, la pregunta acerca de cuándo, exactamente, dicha vida embrionaria adquiere el carácter de "persona" se ha revelado como una cuestión que escapa al ámbito de la medicina reproductiva. Esto último explica el que distinguidísimos especialistas en medicina reproductiva exhiban posiciones radicalmente contradictorias respecto a la cuestión de si el nonato es o no una persona. O en qué momento alcanzaría dicho carácter.

Agregó que si la medicina reproductiva aparece como incapaz de ofrecer una respuesta concluyente respecto de la naturaleza del nonato, cabe preguntarse si la filosofía moral lo hace mejor. Señaló que aquí nuevamente encontramos a mentes brillantes distribuidas a ambos lados del debate. Por lo dicho, se puede señalar que la discusión continúa "abierta" desde un punto de vista filosófico. Parafraseando al conocido filósofo moral británico Bernard Williams, declaró que el estatus del no nacido es uno de esos problemas en que los 'límites de la filosofía' se hacen patentes.

Indicó que este contexto de incertidumbre médica y filosófica resulta extremadamente complejo para legisladores y jueces constitucionales, que no pueden dejar el asunto 'pendiente' a la espera de

que surjan nuevos antecedentes que permitan concluir con certeza el estatus del nonato, sino que están obligados a adoptar una posición.

b.- Explicó, luego, que el debate respecto de la naturaleza jurídica y moral del no nacido data de antaño pero sigue presente, de hecho, en democracias con ordenamientos jurídicos y tradiciones culturales similares al nuestro y la cuestión de la constitucionalidad de diversas formas de despenalización del aborto voluntario sigue siendo objeto de controversia. Si bien muchas naciones finalmente han avanzado hacia la despenalización -e incluso la legalización- de diversas hipótesis de aborto voluntario, los debates que precedieron a dichas decisiones legislativas fueron muy similares a los que estamos teniendo hoy en nuestro país.

Expresó que el patrón de los debates mencionados es el siguiente. Por una parte, se encuentran aquellos que consideran que el embrión no tiene el carácter de persona humana y, por tanto, no es digno de la misma protección constitucional al derecho a la vida que ostentan los ya nacidos. Desde esta perspectiva, si bien el nonato constituye un ente jurídico digno de diversos grados de protección constitucional, no tiene el mismo nivel de amparo que ostentan las personas humanas, es decir, los ya nacidos. Por otra parte, están aquellos que consideran que el concebido no nacido tiene el mismo estatus de persona que los ya nacidos y que concluyen que se les debe reconocer la misma dignidad y derechos reconocidos a los ya nacidos, lo cual impacta significativamente en su posición respecto a la legitimidad del aborto voluntario.

Hizo presente que la convicción que diferentes grupos tengan respecto del carácter de persona humana o no del nonato sigue jugando un rol decisivo en la posición que adopten acerca de la legitimidad de diferentes hipótesis de término voluntario del embarazo.

Enfatizó que lo anterior queda claro cuando se entienden los argumentos acerca de los derechos reproductivos, la autonomía o, incluso, la salud física y síquica de la mujer como una razón para autorizarla a hacerse un aborto y se advierte que rara vez tienen el “peso” suficiente como para contrarrestar el hecho de que -desde su perspectiva- el aborto voluntario elimina la vida de una persona humana. Para quienes tienen esta aproximación respecto del estatus del nonato, solo el peligro de la vida de la mujer representa un motivo suficiente como para autorizar acciones de protección de la salud de la última que, indirectamente, resulten en la muerte del nonato.

Por otra parte, sostuvo que quienes están persuadidos de que -más allá del innegable valor que desde el punto de vista filosófico y constitucional ostenta el nonato- éste no tiene, sin embargo, el estatus de una persona humana y, por tanto, no detenta los derechos

morales y constitucionales que tal condición otorga, llegan a conclusiones muy diferentes cuando debe sopesarse el derecho a la vida, a la salud, a la dignidad y a la autonomía reproductiva de la madre embarazada *vis-a-vis* la protección de la vida del embrión. Se consideró parte de este grupo.

c.- La cuestión del estatus del no nacido no es algo que la ciencia médica ni la filosofía puedan zanjar. Sostuvo que ante esta indeterminación médica y filosófica, el acudir a las tradiciones socio-culturales de Occidente puede ayudar.

Aquí, el concepto de "performatividad" es crucial. Explicó que muchas veces, al calor de un debate apasionado, algunas personas levantan argumentos de ocasión, pero ellos pueden ser profundamente contradictorios con lo que las prácticas históricas, culturales e, incluso, personales, en los hechos revelan acerca de lo que realmente se cree respecto de un conflicto ético determinado.

Volviendo al problema de la naturaleza del no nacido, manifestó que más allá del alegato que se ha escuchado en Chile en el sentido de que los embriones y los fetos serían personas humanas no diferentes en dignidad y derechos que los ya nacidos, es importante constatar que nuestras tradiciones históricas y culturales no se condicen con dicho aserto.

Así, por ejemplo, nuestra cultura nunca ha otorgado al nonato un nombre y un apellido que lo identifique, tampoco se celebran funerales o ceremonias similares cuando los concebidos no-nacidos son objeto de un aborto natural. Asimismo, no existen cementerios en que se entierre o se creme a los fetos, ni tampoco se celebra el aniversario de un nonato fallecido producto de un aborto natural.

Tan significativo como lo señalado recién, añadió, es que ni siquiera la Iglesia Católica actúa de manera consistente con su alegato de que el concebido no nacido sería equivalente en dignidad y derechos que las personas nacidas.

Resaltó que lo anterior es evidente al constatar que los nonatos no pueden recibir ninguno de los sacramentos que sí se consideran para los nacidos, como el bautismo o la unción de los enfermos. Tampoco la Iglesia considera aceptable el realizar una misa de difuntos para embriones abortados.

Expresó que los ejemplos señalados demuestran que -más allá de los apasionados alegatos acerca de la calidad de personas que supuestamente tendrían los no nacidos en el ámbito del debate sobre la despenalización del aborto- tanto la tradición occidental como la práctica sacramental y cotidiana de la Iglesia Católica, en los hechos no consideran al

embrión como digno de un trato siquiera remotamente similar al que otorgan a un individuo ya nacido.

En suma, recalcó que la performatividad de nuestras tradiciones, así como la de la propia Iglesia Católica, es nítidamente inconsistente con la retórica que quienes se oponen a la despenalización del aborto utilizan cuando se trata de discutir este tópico.

Observó que otro ejemplo de lo anotado es la absurda noción de que el aceptar las hipótesis de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo sería cohonestar una suerte de "genocidio" de millones de "personas" humanas (los fetos y embriones que mueren producto de un aborto voluntario). Nuevamente, dijo, aquí lo performativo desmiente la supuesta convicción de quienes profieren acusaciones tan fuertes.

En efecto, afirmó que si fuera remotamente cierto que los países que aceptan el aborto voluntario están tolerando el "genocidio" de millones de personas ¿cómo es que, por otra parte, las mismas personas que sostienen aquello celebran, sin embargo, la civilización, la cultura, la economía y la ciencia de naciones supuestamente genocidas -porque aceptan el aborto voluntario-, como lo es la casi totalidad de Europa Occidental?

Consignó que si fuera efectivo que cada vez que se realiza un aborto voluntario se "asesina" a una persona ¿cómo es que nunca se ha acusado seriamente en foros internacionales de "genocidas" a las muchas naciones que han legalizado el aborto voluntario? Se preguntó si es imaginable que personas coherentes con sus valores estarían dispuestas a legitimar con sus alegres paseos turísticos a países en que se practica el "genocidio" de millones de personas inocentes -fetos y embriones-, como ocurre en Italia, Francia, Inglaterra o los Estados Unidos.

¿Cómo entender que por algo mucho menos grave que el "genocidio" de millones de "personas" -los embriones-, nunca se ha intentado un boicot comercial o cultural como el que sufrió Sudáfrica por la mucho menos grave violación de segregar entre blancos y negros?

Recalcó que la inexistencia de una condena permanente, fuerte y sistemática a las democracias occidentales que aceptan el aborto voluntario, sugieren que, en el fondo, ni siquiera quienes declaman su horror por la despenalización del aborto voluntario realmente creen lo que dicen.

Destacó que los ejemplos planteados sugieren que si bien ni la medicina reproductiva ni la filosofía moral han sido capaces de zanjar la cuestión de la naturaleza del nonato, las tradiciones culturales de

Occidente, las prácticas sacramentales y cotidianas de la Iglesia Católica y la política exterior y educacional de nuestro propio país demuestran, en los hechos, que los embriones no han sido ni son considerados como personas que detenten la misma dignidad y derechos que los ya nacidos.

IV. El estatus del nonato en la doctrina y en la jurisprudencia chilena

a.- En relación a la cuestión de la naturaleza del nonato, informó que la doctrina nacional ha abordado este problema desde la pregunta sobre quiénes deben ser considerados como titulares del derecho a la vida. Así, para parte de la doctrina los concebidos no nacidos son titulares del derecho a la vida mientras que para otra parte, ellos no lo son.

Manifestó que uno de los problemas que se advierte del análisis de la doctrina nacional es la confusión que en ocasiones se produce entre la noción de “vida humana” y la de “persona humana”. Esto representa un error, ya que si bien el embrión o feto en efecto constituye una “vida humana” (es algo vivo, no muerto, y corresponde a la especie humana), no está claro que sea una “persona”.

Reseñó que en un texto de referencia publicado hace dos años, se resume bien el estado de esta cuestión. En efecto, García y Contreras dan cuenta de que parte de la doctrina e, incluso, un fallo del Tribunal Constitucional, consideran al nonato como titular del derecho a la vida. De acuerdo a estos autores, si bien en la “Comisión de Estudios de la Nueva Constitución” la posición defendida por Jaime Guzmán -quien impulsaba la prohibición absoluta del aborto en el propio texto constitucional- fracasó, y se adoptó en cambio la posición de que “la decisión sobre la punición del aborto debía dejarse a cargo del legislador”, el Tribunal Constitucional en su fallo Rol Nº 740 declaró que “el concebido no nacido es titular del derecho a la vida”.

De acuerdo a García y Contreras esta decisión del Tribunal Constitucional ha sido criticada, ya que “la literalidad y estructura de la Constitución favorecerían la titularidad del derecho a las personas “nacidas” ya que el artículo 1º de la Constitución señala que las personas “nacen” libres e iguales en dignidad y derechos; el encabezado del artículo 19 establece que la Constitución asegura a todas las “personas” los derechos que enumera a continuación (y), finalmente, el artículo 19, Nº 1, inciso segundo, establece una regla general especial en virtud de la cual la “ley protege al que está por nacer”. En base a dicha estructura, si el derecho a la vida estuviese asegurado para el *nasciturus*, entonces la regla del artículo 19 Nº 1 sería superflua o redundante.”.

Adicionalmente, apuntó que los autores mencionados señalan que “el diseño constitucional también sería compatible con la regulación legal que efectúan el Código Civil y el Código Penal. La

legislación civil establece que la “existencia legal de toda persona principia al nacer” (artículos 74 y 75 del Código Civil). El Código Penal, a su vez, establece distintos tipos penales para proteger a los nacidos –delitos de parricidio, homicidio e infanticidio -de los que no lo han sido -tipos penales de aborto (artículo 342 y ss. y 390 y ss. del Código Penal).

Finalmente, afirmó que García y Contreras sugieren que el fallo Rol Nº 740 del Tribunal Constitucional habría sido revertido por la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, en que dicho Tribunal -cuyas decisiones vinculan a nuestro país en virtud del Pacto de San José-, sentó una importante jurisprudencia al determinar que el embrión no podía ser considerado persona, para efectos de la titularidad del derecho a la vida (SCIDH Artavia Murillo vs. Costa Rica, 2012, c. 222-223).

Hizo presente que dada la recurrencia con que quienes defienden el carácter de persona titular del derecho a la vida del nonato invocan el fallo Rol Nº 740 del Tribunal Constitucional, este merece ser analizado en cierto detalle.

En el considerando cuadragésimo noveno de la referida sentencia, encabezado por el título “Protección constitucional de la vida en Chile”, el Tribunal argumenta que la doctrina constitucional chilena se ha inclinado mayoritariamente por sostener, a diferencia de lo sustentado por profesores de otras disciplinas del derecho, que la protección constitucional de la persona se inicia desde el momento mismo de la concepción. El Tribunal Constitucional apoya este aserto en una serie de juristas como Ángela Vivanco, José Luis Cea Egaña, el Informe en Derecho de la Fundación Instituto de Estudios Evangélicos de los profesores Silva Bascuñan y Francisco Cumplido, y Humberto Nogueira Alcalá.

Más adelante, señaló que en el considerando quincuagésimo se sostiene 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 -como ha sido afirmado en estos autos- es posible afirmar que estamos frente a una persona en cuanto sujeto de derechos.”.

Luego, en el considerando quincuagésimo primero, el Tribunal cita a la Corte Suprema de Costa Rica en su sentencia de 15 de marzo de 2000, que sostuvo que “en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido en el ordenamiento jurídico”.

Más adelante, en el considerando quincuagésimo segundo, el fallo cita una constancia del Senado solicitada por don Carlos

Bombal en la reforma al artículo 1º, inciso primero, de la Carta Fundamental, que cambió la expresión “hombres” por “personas”, publicada en el Diario Oficial de 16 de junio de 1999, en abono de su tesis. La mencionada constancia expresó que: “El *nasciturus*, desde la concepción, es persona en el sentido constitucional del término, y por ende es titular del derecho a la vida”. Asimismo, el señalado Rol Nº 740 transcribió las palabras de don Hernán Larraín, que coincide con lo dicho por el señor Bombal. Adicionalmente, en el considerando quincuagésimo tercero, el fallo cita la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 4.1, para resaltar que todo ser humano tiene derecho a la vida sin que nadie pueda privarlo de ella arbitrariamente.

En el considerando quincuagésimo cuarto, la sentencia establece: “Que, de esta forma, queda claro que, para el Constituyente, y a diferencia de lo que pueda desprenderse del examen de normas determinadas- el embrión o el *nasciturus* es persona desde el momento de la concepción.”. Luego, el Tribunal vuelve a citar normas internacionales para sostener que se asegura a toda persona -incluyendo al *nasciturus*- el derecho a mantener la vida y a conservarla frente a los demás hombres, mencionando una declaración del Comité de Derechos Humanos de la ONU que sostuvo que el derecho a la vida es el más esencial y que no autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones que pongan en peligro la vida de la nación.

En el considerando quincuagésimo noveno, el fallo en análisis cita a la Corte Suprema de Chile en un fallo de 30 de agosto de 2001, en que estableció que el que está por nacer, cualquiera sea su etapa de desarrollo, tiene derecho a la vida. El Tribunal Constitucional también cita en su fallo Rol Nº 740 la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República para efectos de beneficios de la ley N° 19.123, la que a juicio de los ministros del Tribunal Constitucional, confirmaría la noción de que el *nasciturus* es una persona.

Enfatizó que un análisis, por cierto muy preliminar, de los argumentos sostenidos por el Tribunal Constitucional en el fallo Rol Nº 740 revela que hay muchos vacíos y errores en el mismo. Manifestó que, en primer término, los antecedentes del debate que dieron lugar a la Carta de 1980 dan cuenta que la intención del constituyente fue dejar la tarea de proteger la vida del que está por nacer al legislador, algo evidenciado, por lo demás, en que pudiendo hacerlo, no prohibió el aborto en el texto constitucional. Agregó que, en efecto, no es plausible pensar que el constituyente se haya olvidado de prohibir categóricamente el aborto voluntario de haber querido hacerlo. Dada la entidad de lo que estaba en juego -así como del hecho de que la cuestión del aborto fue objeto de una discusión explícita en el seno de una de las instancias en que se discutió la Carta de 1980 -es simplemente inconcebible que la decisión de entregar al

legislador la protección de la vida del que está por nacer fue producto del olvido.

En segundo lugar, añadió que el fallo ya citado de la Corte Suprema de Costa Rica mencionado por el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol Nº 740, ha quedado obsoleto producto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Artavia Murillo vs. Costa Rica. En efecto, este último fallo de la indicada Corte del año 2012 problematiza la invocación a la Convención Americana de Derechos Humanos que hizo en el 2007 el Tribunal Constitucional chileno, al haber dispuesto el órgano autorizado para interpretar el Pacto de San José, esto es, la Corte Interamericana, una interpretación contraria al artículo 4.1 de la Convención, específicamente de la frase “y en general, a partir de la concepción”.

En la misma línea, expuso que la referencia al Comité de Derechos Humanos es refutable con todos los documentos que condenan la prohibición absoluta del aborto, sobre todo la causal de poner en riesgo la vida de la madre, pues zanjado desde cuando se protege la vida del que está por nacer, la protección de la vida es exclusiva respecto de la mujer.

Por otra parte, expresó que también son discutibles las referencias al Código Civil, en tanto la potencialidad de la vida para adquirir derechos está supeditada al hecho cierto del nacimiento. De lo contrario, arguyó, los derechos patrimoniales desaparecerían. Lo mismo respecto a la jurisprudencia administrativa generada a propósito de la ley que creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, estableció una pensión de reparación y otorgó otros beneficios en favor de las personas que señala.

Finalmente, en relación a la reforma constitucional que sustituyó en el texto constitucional el vocablo ‘hombre’ por el de ‘persona’, subrayó que ella no buscó en ningún sentido -tal como lo consignó en la discusión parlamentaria don José Antonio Viera Gallo-, innovar respecto de la determinación de la protección de la vida que está por nacer, por lo que dicho cambio en nada contribuye a dilucidar desde cuándo la Constitución protege la vida del que está por nacer.

b.- Enseguida, recordó uno de los argumentos constitucionales planteados a propósito de la discusión legislativa de este proyecto por parte de quienes se oponen al mismo, que fue articulado en la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados y que sostiene que la decisión de penalizar el denominado “aborto terapéutico” -hacia finales del régimen autoritario- debe ser considerada como una “consecuencia natural” de lo dispuesto por el artículo 19 Nº 1 de la Constitución, que dispone que la "la ley protege la vida del que está por nacer”.

Constató que dicho argumento, sin embargo, no resiste análisis, ya que más allá del hecho evidente de que la posición que al interior de la Comisión Ortúzar defendía una clara prohibición constitucional del aborto fracasó -adoptándose en cambio una redacción que distingue entre el derecho a la vida que se asegura a todas las personas, y la mera protección que la ley debe brindar a la vida del no nacido-, el hecho de que se haya dejado pasar casi una década desde se promulgó la Constitución de 1980 hasta que se prohibió el aborto terapéutico en 1989, evidencia que nadie pensó que permitir esa forma de aborto fuera contradictorio con la señalada Carta Fundamental.

Agregó que si esto no fuera así ¿por qué se dejaron pasar diez años sin cumplir con un supuesto mandato constitucional al legislador en una materia tan importante como la vida de las “personas”? Si era tan vital salvar a cada una de las “personas” –embriones- ¿por qué se dejó pasar casi una década sin terminar con una disposición legal del Código Sanitario que en los hechos permitía la muerte de aquellas “personas”? ¿Fue acaso pura desidia legislativa?

Hizo presente que lo ocurrido demuestra que ni siquiera el legislador autoritario consideró que el artículo 19 Nº 1 de la Constitución obligaba a derogar formas de término voluntario del embarazo. En otras palabras, afirmó que no existe un mandato constitucional que pueda desprenderse del ya indicado precepto para penalizar el aborto terapéutico o de otro tipo, entregando en cambio al legislador entera discrecionalidad para analizar cómo proteger la vida del nonato.

Manifestó que esto último revela que ni siquiera el régimen que decidió prohibir el aborto terapéutico consideraba a los concebidos no nacidos como personas humanas.

Por los razonamientos anteriores, sostuvo que es claro que el constituyente entregó al legislador la protección de “la vida del que está por nacer”, algo que solo pudo hacer si consideraba que el concebido no nacido no ostentaba el estatus de “persona humana”, sino que el de un ente, por cierto digno de protección legal, pero que aún no alcanza el estatus de persona humana.

Concluyó su exposición expresando que esto último debiera llevar a determinar que la decisión del legislador de despenalizar un grupo circunscrito de indicaciones de interrupción voluntaria del embarazo -en situaciones objetivamente graves- no es contraria a nuestro orden constitucional.

Enseguida**, el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra **al profesor de Derecho de la Universidad de Chile y Subdirector del Centro de Estudios Públicos, señor Lucas Sierra.**

El señor Sierra agradeció a la Comisión la posibilidad de dirigirse a ella en relación con el proyecto de ley en estudio. Advirtió que no es experto en derecho penal, ni es profesor de derecho constitucional, sino que es un abogado y profesor universitario al que le interesan los principios y reglas a la luz de los cuales se organiza la vida en común al interior de una sociedad moderna.

Agregó que una materia como la regulación que hace el Estado del embarazo es muy reveladora del talante moral de esa sociedad y de la democracia a través de la cual ella se organiza políticamente. Afirmó que desde esta posición, y a título personal, formularía las siguientes observaciones, entendiendo que la Comisión está discutiendo la iniciativa en general.

Manifestó que su convicción es que el embarazo es una condición que debe estar en la mayor medida posible bajo el control de las personas que lo experimentan, es decir, de las mujeres y que, en consecuencia, el útero no es un lugar para el Estado. Expresó que el Estado debe estar lo más alejado posible de los cuerpos de las personas y de la intimidad que debe rodearlos y protegerlos, añadiendo que el cuerpo propio, la estructura de plausibilidad del yo, es el espacio privilegiado para la intimidad y la autonomía.

Indicó que en la regulación del embarazo subyace una tensión entre, por una parte, la autonomía e intimidad de las mujeres y, por la otra, el interés en la supervivencia de un embrión humano. Las puntas de esta tensión son diferentes entre sí; en efecto, los derechos y el interés de la mujer son algo definido y concreto, en tanto que el interés por el embrión es más indefinido y difuso: por lo pronto, no es de la mujer -es un interés contrario al de la mujer que quiere abortar-, y tampoco parece ser un interés que podamos adscribir al propio embrión en su útero. Declaró que quizás puede ser de un tercero o, más difusamente, de algunos terceros abstractos. Adujo que algunos podrán decir que se trata del interés de la sociedad, agregando que lo que sí está claro es que son dos intereses bien distintos pues mientras uno es claro y distinto, el otro es difuso y confuso.

Consideró que la manera moralmente correcta de resolver esta tensión es dejar en la mujer la decisión sobre su embarazo, dado que el interés concreto de las mujeres en su propia intimidad prevalece -debe prevalecer-, ante el interés de, sobre o por la vida intrauterina.

Consignó que se puede someter la decisión de la mujer embarazada a un plazo prudencial para dar cuenta de las distintas miradas que hay sobre estas materias. Expresó que un plazo permite empalmar con tradiciones muy antiguas, que asociaban el movimiento del feto a su adquisición de alma, a lo cual, según entiende, está relacionado el umbral de las 12 semanas o tres meses desde la concepción. Precisó que también, junto al plazo, se puede sujetar la decisión a ciertas condiciones como, por ejemplo, el que reciba ella -incluso obligatoriamente- información y consejo sobre la decisión que va a tomar. Al mismo tiempo, remarcó que esta regulación debería ir aparejada de mecanismos de protección social del embarazo y de la futura maternidad, pero en medio de este contexto, la última palabra debe ser la de la mujer.

Hizo presente que lo descrito correspondería al escenario ideal, pero no es la realidad y el proyecto de ley que hoy se discute tampoco es perfecto. No obstante, señaló que es suficientemente bueno y vale la pena apoyarlo, pues establece tres causales que constituyen hipótesis especialmente dramáticas en que esa soberanía se ve amenazada. Éstas son:

1. La existencia de un riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.

2. El hecho de que embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética de carácter letal.

3. El embarazo es resultado de una violación.

Advirtió que al contemplar estas tres causales, el proyecto de ley empieza a poner fin a un paréntesis oscuro, que se abrió con ese verdadero retroceso moral que significó la reforma del artículo 119 del Código Sanitario por la ley N° 18.826 en el año 1989. Reseñó que el antiguo artículo 119 sostenía: “Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos.”. Dicho texto fue reemplazado por lo siguiente: “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto.”.

Hizo notar que la iniciativa abre la oportunidad de retomar un camino de sensatez y de corrección moral que se truncó hace 27 años, por un manotazo de una dictadura que iba de salida. Abre la oportunidad, también, para dejar establecidos con claridad los límites del campo para la práctica médica.

Añadió que la primera causal del proyecto de ley, y en alguna medida la segunda, vuelven a ese pasado y rescatan el valor de moralidad pública que contenía el artículo 119 del Código Sanitario, precepto

que estuvo vigente por varias décadas sin que se haya producido convulsión social, cultural o moral alguna en la sociedad chilena.

Destacó que es entendible que esto haya sido así. Por siglos, dijo, nuestra tradición ha distinguido entre la vida humana y el carácter de persona, siendo la primera un hecho de la naturaleza y la segunda, una convención. Enfatizó que varios recordarán de las clases de primer año de Derecho el origen de la voz “persona” como “máscara”, algo que se ponen los seres humanos, algo cultural que se adscribe a lo natural.

Manifestó que dicha tradición está claramente recogida en el Código Civil, cuyo artículo 74 establece: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.”. Agrega que “La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.”.

Expuso que el carácter de persona, entonces, esa extraordinaria máscara que los seres humanos nos ponemos para poder representar y desarrollar nuestras existencias en el gran teatro del mundo, exige nacer; por lo mismo, la vida intrauterina es vida, es vida humana, pero no constituye personalidad.

Indicó que hay quienes creen que esto no es así y sostienen que un embrión es persona, para lo cual construyen complicadas argumentaciones. Recalcó que una típica es distinguir entre existencia natural y legal. Acotó que la vida anterior al nacimiento constituiría existencia natural, la que también estaría cubierta por la personalidad, y proponen en su auxilio lo dispuesto en el artículo 55 del Código Civil: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Divídense en chilenos y extranjeros.”. Lo anterior, como si fuera un complemento de lo dicho por el artículo 74 ya citado, que reserva la personalidad para la existencia legal.

Consideró que esta hipótesis no resiste una interpretación coherente del Código Civil. Por ejemplo, sostuvo que no tendría sentido declarar en el artículo 75 que “la ley protege la vida del que está por nacer”, pues desde la Constitución hacia abajo, el sistema jurídico protege la vida de todas las personas. Añadió que tampoco tendría sentido la regulación patrimonial relativa a un embrión, tan condicionada al nacimiento que, si éste no se verifica, el embrión se reputa no haber existido jamás según ya vimos en el artículo 74. Connotó que si fuera persona, bastarían las reglas generales sobre el patrimonio de quienes, como los niños, no tienen plena capacidad legal. Lo mismo con la filiación. Manifestó que ha oído de quienes sostienen estas hipótesis que los artículos 181 y 243 hablan del embrión como “hijo” para probar que es persona; sin embargo, otra vez todo

el entramado de la filiación pende del nacimiento. Remarcó que lo mismo sucede respecto a la edad, pues las reglas del Código Civil la conciben a partir del nacimiento.

Y un último ejemplo, añadió, es la nacionalidad. Se preguntó si un embrión es chileno o extranjero. Detalló que el Código Civil fue dictado bajo el imperio de la Constitución Política de 1833, la que condicionaba la nacionalidad al hecho del nacimiento. Así, su artículo 6º establecía: “Son chilenos:

1º Los nacidos en el territorio de Chile;

2º Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio estranjero, por el sólo hecho de avecindarse en Chile. Los hijos de chilenos nacidos en territorio estranjero, hallándose el padre en actual servicio de la República, son chilenos aun para los efectos en que las leies fundamentales, o cualesquiera otras, requieran nacimiento en el territorio chileno;

3º Los estranjeros que, habiendo residido un año en la República, declaren ante la Municipalidad del territorio en que residen su deseo de avecindarse en Chile i soliciten carta de ciudadanía;

4º Los que obtengan especial gracia de naturalización por el Congreso.”.

Expresó que lo anteriormente señalado tiene todo un sentido práctico, porque la pregunta de cuál debe ser la nacionalidad del embrión puede ser muy difícil de contestar: ¿será la de la madre, la del padre, la del lugar de la concepción? ¿Y cómo podemos determinar con certeza el lugar de la concepción si no podemos determinar con certeza la fecha de la concepción? ¿Deberemos aplicar, entonces, separándonos de nuestra tradición, el criterio del *ius sanguinis* por sobre el *ius solis*? Pero si lo hacemos ¿qué pasa si madre y padre son de distinta nacionalidad?

Sostuvo que no cabe duda de que la vida intrauterina es relevante para el Derecho, pero no lo es en tanto esa vida constituya una persona. Añadió que la única persona en la relación producida por el embarazo es la mujer, no la criatura que se encuentra en su vientre, para parafrasear el Código Civil. Manifestó que junto con generar consecuencias morales indeseables, el sostener lo contrario es una afrenta a don Andrés Bello. Por lo mismo, añadió, el aborto no es homicidio y la vida humana es valiosa y se defiende, pero no en toda circunstancia ni a cualquier precio.

Respecto a la tercera causal, vinculada con la violación, expresó que ella parece representar un avance respecto de la

regulación vigente en 1989. Señaló que dentro de las tres causales, que son especiales y dramáticas, la violación parece especialísima. Precisó que el conflicto con los intereses de la mujer no se debe a la azarosa combinación de factores naturales, sino al producto de un acto de fuerza, al producto de un abuso que la pone con toda claridad en una situación de víctima.

Sostuvo que negar el Estado a esa víctima la posibilidad de evitar encadenarse de por vida al fruto del abuso que sufrió, es de una inhumanidad infinita. Continuar negando esa posibilidad a las mujeres violadas es continuar replicando la inhumanidad que transpiran estas palabras de Jaime Guzmán quien, en la sesión 90ª de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución -hace casi 42 años, el 25 de noviembre de 1974-, sostuvo:

"… en el caso del aborto se trata de un homicidio y, a su juicio, por trágica que sea la situación en que se vea envuelta la madre, le parece indiscutible, dentro de los principios morales que sustenta, que ella está obligada siempre a tener el hijo, en toda circunstancia, como parte… de la cruz que Dios puede colocar al ser humano. La madre debe tener el hijo aunque éste salga anormal, aunque no lo haya deseado, aunque sea producto de una violación o, aunque de tenerlo, derive su muerte… todas las consecuencias negativas o dolorosas que se siguen de asumir las responsabilidades descritas las entiende simplemente como el deber de sujetarse siempre a la ley moral, cualquiera que sea el dolor que ello acarree, pues constituye, precisamente, lo que Dios ha impuesto al ser humano. Hay personas para las cuales el límite entre el heroísmo o el martirio, por una parte, y la falla moral, por la otra, se estrecha hasta hacerse imposible… la Providencia permite, exige o impone muchas veces a un ser humano que ese cerco se estreche y la persona se encuentre obligada a enfrentar una disyuntiva en la cual no queda sino la falla moral, por una parte, o el heroísmo, por la otra; en ese caso tiene que optar por el heroísmo, el martirio o lo que sea.".

Manifestó estar convencido de que un Estado democrático puede imponer sobre las personas obligaciones y penas, siempre razonablemente justificadas y limitadas, pero lo que no puede hacer es imponerles martirios. Consideró que obligar a una mujer a perseverar en un embarazo con riesgo de su vida, o en el caso de un embrión no apto para la vida y, final pero muy especialmente, cuando ha sido violada, es imponerle un martirio.

Recalcó que no hay bases constitucionales para semejante despropósito. Relató que contra la posición de Guzmán, la mayoría de la ya citada Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, representada por su Presidente, Enrique Ortúzar, sostuvo en la misma sesión:

"… ha querido hacer una diferencia entre el precepto que consagra el derecho a la vida y la disposición que entrega al legislador el deber de proteger la vida del que está por nacer. Agrega que en el primer caso, se trata de consagrar en forma absoluta el derecho a la vida, y en el segundo, se desea dejar cierta elasticidad para que el legislador, en determinados casos, como, por ejemplo, el aborto terapéutico, no considere constitutivo de delito el hecho del aborto. Señala que, a su juicio, la única solución lógica sería ésta, pues no significa imponer las convicciones morales y religiosas de los miembros de la Comisión a la comunidad entera, a la cual va a regir la Constitución Política.".

En otras palabras, y como sostuviera aquí el profesor don Antonio Bascuñán Rodríguez, la Constitución no abraza una tesis "ontológica" o "sustancialista" sobre el estatuto jurídico del embrión, sino una "normativa".

Algunos críticos pueden decir que aludir a las actas de la Constitución implica sostener una posición "originalista" a la hora de la interpretación constitucional. Afirmó que no es su intención. Precisó que la hermenéutica constitucional, como toda hermenéutica jurídica, es un proceso complejo en el que también caben elementos históricos en especial como los citados, que son coherentes con una práctica que existió por mucho tiempo, que fue interrumpida en discutibles circunstancias en 1989 y que es coherente con otras disposiciones de la Constitución, en el sentido que lo dejó establecido el fallo del Tribunal Constitucional alemán de 1975. Éste valora la vida intrauterina, pero tiene claro que: "el orden jurídico estatal no puede exigir a la mujer embarazada que conceda prioridad al derecho de no nacido bajo cualquier circunstancia.".

Agregó que la Constitución, entonces, autoriza al legislador a despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo, connotando que las circunstancias que reflejan las tres causales del proyecto justifican sobradamente esa despenalización.

Señaló que, al hacerlo, se retomaría una senda de progreso moral que, en estas materias, fue interrumpida en 1989, agregando que se avanzaría por ella hacia una sociedad que en lugar de imponer un martirio a las mujeres por el hecho de la concepción, las respeta como soberanas de su propia intimidad.

En último término, contradijo lo expresado por el profesor señor Couso, quien manifestó que nuestra cultura no reconoce a los nonatos como persona, incluso dentro de nuestras prácticas culturales. En relación a su afirmación de que la Iglesia no hace misa respecto de difuntos no nacidos, enfatizó que no es así, por cuanto ésta se realiza todos los años por los Santos Nonatos. Y en cuanto a que no se hacen sacramentos, lo

refutó señalando que la Iglesia, dentro de su doctrina y magisterio, siempre ha reconocido que existe el bautizo de sangre.

Finalmente, hizo uso de la palabra **el profesor de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Los Andes, señor Tomás Henríquez.**

El señor Henríquez agradeció la invitación cursada por la Comisión para discutir sobre la constitucionalidad del proyecto de ley conocido como aquél que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, el que, dijo, en la praxis constituye una legalización del aborto en nuestro país, como bien señalara el profesor don Miguel Ángel Fernández en una sesión anterior.

Manifestó que la Comisión ha recibido a una gran cantidad de especialistas en materia de derecho constitucional y de derechos humanos, que ya han abordado latamente las cuestiones específicas de cada una de las causales que se proponen en el proyecto, así como también sobre la forma en que operará en concreto la ley si es que llega a recibir la sanción del Legislador.

Por lo mismo, expresó que su intención en esta oportunidad sería dar un paso atrás para referirse a una cuestión de carácter general, la que se ha afirmado esporádicamente y que no comparte. Agregó que esto tiene que ver con la presunta obligación de nuestro país de permitir el aborto al menos en ciertos casos bajo una necesidad creada por las obligaciones contraídas en el plano internacional y, especialmente, a la luz de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo.

Expuso que no estando a favor de la aprobación de este proyecto en absoluto, le parece que sería especialmente improcedente que la razón para dar la aprobación al mismo venga dada por un argumento de autoridad basado en un acto concreto de interpretación –que estimó cuestionable- por parte de la Corte Interamericana.

Anunció que abordaría tres puntos. En primer lugar, revisaría una vez más los antecedentes del derecho internacional en torno al aborto y la vida humana. Luego, haría un análisis breve de los antecedentes de la sentencia en cuestión, que es comúnmente invocada como el caso que hoy establece claramente que no hay protección de los no nacidos como personas bajo la Convención Americana y, finalmente, formularía un comentario de derecho internacional sobre la falta de obligatoriedad de la sentencia de la Corte Interamericana para Chile en este caso concreto.

Explicó que, como ya se ha afirmado en reiteradas ocasiones por otros académicos, este proyecto de ley crea un derecho subjetivo a procurar un aborto. Sostuvo que dentro de los antecedentes del mismo se plantea que la falta de Chile en aprobar al menos este proyecto implica que incurra o permanezca en una situación de violación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Recalcó que esta afirmación no se ajusta a la realidad del ordenamiento jurídico internacional. Declaró que es bueno partir por despejar que no existe ningún tratado internacional ni reconocimiento en términos de costumbre internacional que consagre un derecho subjetivo al acceso a un aborto, siendo la única excepción el llamado Protocolo de Maputo, que constituye un instrumento anexo dentro del sistema africano de Derechos Humanos, careciendo en todo caso de incidencia en el sistema interamericano y en Chile, además de no tener amplia aprobación ni ratificación dentro de su mismo contexto regional.

A continuación, pasó a abordar las materias anunciadas.

1. Argumento internacionalista

Consignó que el argumento internacionalista a favor del reconocimiento de un derecho subjetivo al aborto depende necesariamente de ejercicios interpretativos de los tratados para encontrar que éste existe. Porque no es posible hallar una referencia al aborto dentro del corpus del derecho internacional público, es que se busca que éste “emane” del reconocimiento del derecho a la planificación familiar o del derecho a la salud o a la integridad psíquica de la mujer. Precisó que lo anterior merece dos comentarios: primero, que en ningún caso se trata de interpretaciones “necesarias o unívocas”. La lectura y determinación del contenido de los derechos depende necesariamente de las convicciones políticas, filosóficas y antropológicas de quienes están realizando la interpretación. La prominencia que ha adquirido una determinada concepción del principio de “autonomía” de las personas para decidir si es que el producto de la concepción es o no una persona no es una consecuencia necesaria del derecho internacional de los Derechos Humanos (pues incluso si concedemos que el derecho a decidir el espaciamiento entre los hijos, o a no tener ninguno, que se encuentra en el artículo 16 de la CEDAW, sería su fundamento positivo, esto excluye el necesario análisis de medios lícitos o ilícitos, justos o injustos). Siguiendo los postulados fundantes del proyecto del derecho internacional de los derechos humanos, existe y debe existir más de una concepción posible a la hora de la implementación de los tratados en el plano doméstico, salvo en cuanto a aquellos casos en que los tratados de forma clara establecen una norma de carácter imperativo que no está abierta a posibles formas de implementación. Informó que un ejemplo claro de ello es la prohibición total de la aplicación de la pena de muerte en los países que

ya han optado por abolirla, o la de aplicar la misma pena a las mujeres que se encuentre embarazadas.

En segundo lugar, afirmó que estas interpretaciones han sido generadas y difundidas por parte de los organismos monitores de tratados de derechos humanos, como lo es el Comité de la CEDAW, pero sus opiniones no conllevan fuerza vinculante. Reconoció que existe un vigoroso y vigente debate sobre el valor del *soft law* en el derecho internacional, pero no deja de ser cierto que hoy no es posible encontrar ninguno de los libros de cabecera en el derecho internacional como los textos de Brownlie o Shaw que no reconozcan que las opiniones y recomendaciones de los Comité no son de suyo vinculantes.

Destacó que en el interés de preservar la soberanía nacional para determinar con libertad el contenido del propio del ordenamiento jurídico –dentro de los márgenes exigidos por el derecho internacional de los derechos humanos– es que no es recomendable asumir que dichas recomendaciones tienen ese valor vinculante, aún si las razones que ellas den puedan ser persuasivas y sensatas en uno u otro caso.

Hizo presente que una mirada al derecho internacional público en su configuración actual, nos muestra que subsiste el paradigma de que los llamados a interpretar el contenido de sus obligaciones son, en principio, los propios Estados, pues son ellos los que tienen el poder de modificar o derogar las normas que interpretan, dado que son ellos los sujetos de derecho que las contraen o generan. Recordó que esta es la doctrina asentada desde el caso Jaworzina de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en 1923. Agregó que entre nosotros, el Tribunal Constitucional no solo ha sido constante en su calificación de que los tratados de derechos humanos no tienen rango constitucional, sino que específicamente ha afirmado en forma reciente que los documentos emitidos por organismos intergubernamentales o de tratados como la OIT, no constituyen normas de rango legal y vinculante.

En nuestro contexto americano directo, manifestó que hasta la dictación de la sentencia en el caso Artavia la opinión predominante ha sostenido que la regla debe ser la protección de la vida desde la concepción, aún si se acepta –pero no se mandata– la existencia de excepciones. Lo anterior es especialmente cierto si se considera que el Pacto de San José le atribuye el carácter de persona a todo ser humano, lo que se constituye en una barrera infranqueable al argumento internacionalista por la legalización del aborto, sin tener que incurrir en una categorización de personas de mayor o menor valor. Sin afán de caer en una pendiente resbaladiza, aseguró que la experiencia histórica ha sido clara en mostrarnos hacia dónde lleva esa distinción.

Consideró relevante pensar que Artavia no creó ni descubrió un derecho al aborto –el caso no se trataba de ello ni se extendió por la Corte a tal punto y si lo hubiera hecho, sería *obiter dicta* fuera del contexto de la fecundación *in vitro*–, sino más bien a la cuestión desde cuándo y cómo debe de protegerse la vida del no nacido.

2. Problemas del fallo Artavia

En segundo lugar, señaló que haría referencia a la sentencia del señalado caso y, en particular, a algunas de sus mayores y más cuestionables deficiencias, que hacen pensar que la causa no fue decidida correctamente y conforme al derecho vigente.

Expresó que, entre otras cuestiones, la sentencia exhibe:

a) El uso antojadizo del principio de interpretación *pro homine*, especialmente cuando la cuestión a resolver es el sacrificio total del derecho de un individuo por otro. Aplicarlo a favor de las mujeres embarazadas es pro persona para ellas, pero contra persona para el no nacido, que es un innegable individuo de la especie humana y, por ende, persona bajo la Convención.

Observó que no está demás señalar que ese fue el fundamento de la duda razonable determinante para el Tribunal Constitucional chileno en el caso de la píldora del día después, con la particularidad de que si en esa situación existía duda sobre el potencial abortivo del fármaco, frente al aborto en sí no existe la duda sino la certeza de que se dará muerte a la persona en condición fetal, lo que debe llevar a la abstención de actuar.

b) Violación del artículo 29 (a) de la misma Convención, al interpretar “concepción” como “implantación”, pues esa interpretación autoriza a Estados y privados a suprimir el goce de un derecho reconocido por la Convención o a restringirlo más allá de lo que la misma Convención permite. El derecho a la vida no está consagrado sujeto a restricción.

Esto, dijo, involucra además una violación de las reglas generales de interpretación de los tratados del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, del sentido ordinario de los términos, en su contexto y a la luz de su objeto y propósito, previamente declarados en su preámbulo.

Añadió que no se interpretó la Convención, sino que se sustituyó el término concepción por implantación, que es un concepto

distinto e inconfundible con el de la concepción. Este punto fue certeramente criticado por el juez Vio Grossi en su disidencia en este mismo caso.

Asimismo, la intención de la Corte fue postergar la protección jurídica de la vida humana en vez de mantenerla en su inicio, que es lo que busca la Convención por sus propios términos.

c) La Corte selectivamente ignoró la jurisprudencia de Estados miembros sobre la cuestión del inicio de la vida humana para el derecho -como las sentencias de los Tribunales Constitucionales chileno y peruano– pero basó su conclusión en las de tribunales que daban la razón a la posición restrictiva, incluyendo la invocación de la sentencia de Roe vs. Wade en Estados Unidos, nación que no es parte del sistema interamericano y con una sentencia que en cuanto su razonamiento jurídico ha sido deslegitimada por más de 30 años, incluso por quienes favorecen la legalización del aborto, como es el caso de John Hart Ely, otrora decano de la escuela de derecho de la Universidad de Stanford.

d) Por otra parte, se llegó a una conclusión completamente desanclada de la Convención, en el sentido de que la forma de proteger la vida de los aún no nacidos es por medio de la protección de las mujeres embarazadas, lo que constituye una denegación de la individualidad y personalidad de los nonatos, contrariando tanto el derecho como la medicina, que no confunde a los dos pacientes como uno solo.

e) La Corte erradamente consideró como dispositivo para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos los demás tratados generales del sistema universal, que no mencionan explícitamente a los no nacidos para efectos de protección especializada, ignorando la regla de especialidad en la interpretación, bajo la cual la Convención Americana sobre Derechos Humanos prima sobre las normas de carácter general, tanto porque es el tratado especialmente aplicable en el contexto americano, como porque es especialmente solícita en la protección de las personas en etapa fetal.

f) Se utiliza indebidamente la interpretación evolutiva, ignorando los acuerdos y conductas estatales posteriores de los Estados partes, que ilustran la forma en que han interpretado los tratados.

3.- Por qué Artavia no debe aplicarse a Chile

Señaló que compartía la posición de otros académicos que han sostenido la inconstitucionalidad en sí de este proyecto. Pero asumiendo que fuera constitucionalmente lícito legislar sobre esta materia, lo que no debe acontecer es que el legislador lo haga so pretexto de dar cumplimiento a una obligación internacional, a fin de reivindicar y defender la soberanía nacional correctamente entendida.

Añadió que es claro que los derechos humanos constituyen límites a la soberanía, pero el artículo 5° de la Constitución de ninguna manera resuelve cuales son y cual es el deslinde de esos mismos derechos. Sostuvo que dar sanción a este proyecto de ley bajo el pretexto o la convicción de que se responde a una obligación de derechos humanos y reconocerlo en estos términos, tiene o podría tener el efecto de "blindar" a esta ley como no sucede con otras, generando el argumento para abstraerla de la deliberación política futura, incluso ante posibles adelantos científicos o cambios político-culturales que busquen o aconsejen su modificación. Esto por cuanto el legislador, ejerciendo la soberanía nacional –manifestada en la capacidad para crear un ordenamiento jurídico propio– estaría limitado por el hecho de la "existencia reconocida" de un derecho humano a abortar, del cual no puede haber vuelta atrás, precisamente porque limita la capacidad del legislador para obrar.

Destacó que la naturaleza jurídica de la ley y de las instituciones que ella crea son relevantes en este sentido. Incluso si el legislador opta por sancionar el proyecto en comento, es de esperar que esto sea negando que se trate de un cumplimiento de obligaciones de derechos humanos y basándose solamente en el ejercicio de los poderes ordinarios del Estado para determinar su propio ordenamiento jurídico, juzgando la conveniencia de esta política pública en concreto.

Sostuvo que si ya se vio que no existe ninguna fuente vinculante que reconozca el derecho al aborto ni que obligue sin más a Chile a legislar en la materia, lo que queda como fundamento para esta pretensión es Artavia, como interpretación de la Convención y de las obligaciones que en ella se contienen. Se preguntó si debe Chile aceptarla como la única interpretación posible y, además, la correcta y afirmó sin dudar que no y que, al revés, existen buenas razones político-jurídicas para que no lo hagamos.

Enfatizó que la Corte Interamericana pretende, desde el año 2006 en el caso Almonacid, ser el tribunal constitucional del continente, zanjando en forma definitiva y unívoca toda cuestión de interpretación de la Convención. Ello, aclaró, exige que la Convención tenga rango constitucional.

Aseveró que en esta oportunidad el tiempo no alcanza para abordar todas las posibles razones de por qué es insensato y jurídicamente errado conceder que la Corte Interamericana tenga el poder de actuar como la Corte Suprema del continente, con efecto *erga omnes* vinculante de sus sentencias fuera de los casos en que ellas han sido dictadas.

Apuntó que la doctrina por la cual las sentencias de la Corte tienen un efecto ulterior a los casos concretos en que se dictan carece de fundamento en el texto de la Convención. Añadió que a la Corte se le ha concedido el poder de interpretar la Convención, por cierto, pero también se dispuso que los Estados partes están llamados a cumplir las sentencias de los casos en que ellos son partes. Recalcó que se ha perdido de vista un reconocimiento central a nuestra conformación político constitucional y que las Cortes pueden equivocarse, lo que de hecho hacen.

Connotó que la mayor virtud, desde un punto de vista político, de que los tribunales fallen con efecto relativo es que si uno de ellos yerra, su error no se extenderá necesariamente hacia otro casos, perpetuando una injusticia. La Corte Interamericana también puede equivocarse y en el caso Artavia, se equivocó por las razones dadas. Precisó que no existe ninguna razón ni dentro ni fuera de la Convención que haga creer que los siete jueces de la Corte adquieren infalibilidad por el hecho de ser designados miembros de ese tribunal. Manifestó que sus designaciones son políticas, no habiendo razones para creer que su solo nombramiento signifique que los siete magistrados, actuando en conjunto, poseen una mayor claridad sobre el derecho constitucional, internacional y de derechos humanos que los jueces de los tribunales superiores de sus propios países. Si es claro que ellos también pueden errar, ¿por qué habrían consentido los Estados en un sistema que blinda los errores, impidiendo la posibilidad de aclararlos? La respuesta, enfatizó, es que no lo hicieron.

Finalizó su intervención señalando que las decisiones de la Corte merecen consideración. Hizo presente que si un Estado es parte de la causa en que se dicta, tiene una obligación expresa de obedecer el fallo, esté o no de acuerdo con sus fundamentos, pero si no es parte, los Estados guardan para sí el derecho a considerar críticamente los juicios de la Corte, al punto de apartarse de sus interpretaciones si así lo consideran. Señaló que actuar de esta forma no es solo lícito en base a la Convención, sino que es además la única forma en que se generará un caso que permita a la Corte rectificar sus errores, si sus miembros se dan cuenta del mismo o si se cambia la composición de la institución.

Advirtió que si aceptamos el efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte y, por ende, tomamos la sentencia Artavia como la correcta y única interpretación posible del artículo 4.1 de la Convención, entonces aceptaremos un estado de cosas jurídicamente errado e injusto, que además contribuirá a enquistar aún más el error de ese Tribunal, en perjuicio de nuestra soberanía y de nuestros países vecinos que también perciben el error de razonamiento del mismo.

Finalizadas estas exposiciones, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra a los

señores Senadores presentes con el objeto de formular preguntas o comentarios respecto a las intervenciones escuchadas.

El Honorable Senador señor Larraín agradeció dichas exposiciones, connotando que la Comisión ha tenido el privilegio de escuchar las opiniones de personas que han abordado el tema de la interrupción voluntaria del embarazo con mucha seriedad y altura.

Observó que existe una diferencia entre lo expuesto por los profesores Precht y Henríquez, por una parte, y el profesor Couso por otra, respecto de la subordinación a las normas del derecho internacional. Preguntó cuál es el mandato del derecho internacional de los derechos humanos respecto del aborto y si hay un imperativo claro en esta materia o existen diversas opiniones. Constató que la jurisprudencia internacional podría estar abriendo nuevos espacios, dado que la interpretación del fallo en Artavia Murillo estaría resultando contradictoria con la explicación habitual en cuanto a que los tratados protegen la vida del que está por nacer.

En cuanto a la objeción de conciencia, inquirió qué significa incorporarla en el ordenamiento jurídico chileno. Consideró que si así se hiciera, se estaría introduciendo una válvula de escape para que en muchos ámbitos las personas puedan exceptuarse de cumplir mandatos jurídicos.

Manifestó, luego, que el profesor Sierra expuso que el embarazo es un problema de la mujer y que el Estado no debe inmiscuirse, por lo tanto, cuando existe una tensión entre este último y el feto, el interés concreto de las mujeres es el que debería prevalecer. Comentó que, sin embargo, dicho profesor también afirma que se puede someter la decisión de la mujer embarazada a un plazo prudencial. En base a ello, observó que surge la duda de por qué fijarle un plazo a la madre, si se trata de una medida que solo le corresponde a ella.

Consignó que el profesor Sierra también aseveró que la vida intrauterina es vida humana; sin embargo, no constituye persona, porque para ello se exige nacer; por lo tanto, lo relevante es la persona, esa máscara que crea el hombre para poder regular su conducta. Consultó si existe el derecho a eliminar dicha vida humana, porque aun reconociendo que es vida, si se atiende el interés de la madre, podría prescindirse de la existencia del nonato. Estimó que tal afirmación es muy fuerte, aparte de ser incoherente con el punto de vista moral. En efecto, dijo, si hay vida humana, desde el punto de vista moral se debería estar siempre inclinado a defenderla. Agregó que la Constitución dispone que la ley protege la vida del que está por nacer; sin embargo, el profesor Sierra insiste en que si el nonato no es persona, se puede prescindir de su vida.

El Honorable Senador señor De Urresti destacó la expresión utilizada por el profesor Sierra en cuanto a que el útero no es un lugar para el Estado. Advirtió que dicha afirmación lo interpreta e instó a legislar para que el Estado no intervenga allí.

El profesor Precht señaló que desde un punto de vista cultural, el cristianismo no nació con la cultura romana. Al efecto, citó la Epístola de Bernabé, que dice: “No matarás al hijo que tu mujer lleva en su vientre”. Agregó que aun cuando las citas históricas pueden dar lugar a una o a otra versión, la tradición en la doctrina cristiana es muy antigua y relevante.

Respecto a la tercera causal contemplada por el proyecto, sostuvo que la posibilidad de que haya concepción a consecuencia de una sola cópula es altamente improbable, puesto que normalmente ella se produce a causa de un abuso reiterado. Consignó que la mayor parte de las violaciones se produce en el seno de la familia y tiene lugar en todas las clases sociales, lo que explica que muchos de estos casos no sean denunciados. Añadió que nuestra sociedad muestra hipocresía y que partir de otra base en esta materia es irreal. Por ello, señaló que toda niña debería estar informada acerca de los riesgos que puede correr y de la posibilidad de acceder a la atención médica oportuna para evitar la concepción. Subrayó que en este aspecto las madres debiesen ser defensoras de sus hijas.

Por otra parte, sostuvo que los proyectos de ley no pueden entrar a regular situaciones concretas, ya que ese no es el rol del legislador. Lo que interesa, agregó, es dar un margen para que opere la conciencia de las personas y para que exista la necesaria relación mujer/médico. Opinó que las normas jurídicas no deben ser particularizadas porque ello las torna incompetentes.

Enfatizó que ninguno de los expositores presentes ha utilizado como argumento el derecho natural y recordó que Ratzinger ha señalado que en el debate actual la invocación del derecho natural es una espada embotada. Ratificó que el uso de dicho derecho no aporta mucho a este debate, el que debe mantenerse en el ámbito estrictamente jurídico.

Recalcó que las consideraciones religiosas no pueden ser trasladadas unívocamente al ámbito político. Aseveró que el integrismo católico perjudica a la religión y a la legislación. Consideró que las frases emitidas por el exsenador don Jaime Guzmán son desafortunadas y derivan de su formación integrista.

En relación a la objeción de conciencia, opinó que ésta debe tratarse en profundidad ya que constituye un tema complejo. Advirtió que ella debe restringirse a casos muy determinados, evitándose la proliferación de situaciones que la admiten. Hizo presente que en la mayoría de los casos de legislaciones que la permiten, se exigen ciertos

comportamientos, es decir, el objetor de conciencia debe cumplir alguna función complementaria. Instó a considerar este tema con detención, examinando distintos antecedentes, incluidos aquellos provenientes de tribunales internacionales y de órganos religiosos.

El profesor señor Sierra compartió lo señalado por quien le antecedió en el uso de la palabra en cuanto a la objeción de conciencia, en el sentido que no hay que olvidar el carácter excepcional de la mencionada institución. Destacó que si se va a regular, ella tiene que ser a nivel personal y no institucional. Propuso que habiendo recursos fiscales involucrados, la posibilidad de invocarla debiera reducirse, lo que ofrece complicaciones.

Remarcó que en caso de violación de una mujer mayor de edad, los médicos también deberían tener un control sobre la denuncia. Admitió que es un punto difícil, añadiendo que el proyecto debe regular la secuencia completa de los hechos involucrados en estas situaciones.

Respecto a las preguntas del Honorable Senador señor Larraín vinculadas al derecho internacional, manifestó no ser especialista en esa área, agregando que talvez no es necesario invocar cuestiones internacionales para avanzar en esta legislación, bastando el ejercicio soberano de la potestad legislativa.

En relación a la consulta sobre el plazo, estimó que una situación ideal de regulación debiese dejar la mantención del embarazo entregada a la decisión voluntaria de la mujer. Añadió que llevando dicho argumento al extremo, la mujer podría decidir la interrupción de su embarazo hasta minutos antes del parto. Reconoció que, en todo caso, por razones de prudencia puede consagrarse un plazo. Hizo presente que, sin embargo, en el caso de las dos primeras causales no estamos ante un problema de plazo y que éste adquiere sentido en un contexto en el cual haya aborto por decisión de la madre, sin causales, hasta el minuto antes del nacimiento.

Insistió en que en la iniciativa en estudio es facultativo para la mujer abortar en las situaciones que allí se contemplan. No hay una obligación, añadió, razón por la cual son respetadas las sensibilidades religiosas a las cuales aludía el profesor Precht.

Recalcó que no hay que perder de vista que estamos ante una decisión de la mujer, por eso, resulta interesante la frase ya citada de la Epístola de Bernabé, dado que el proyecto no habla de que cualquier persona atente contra la vida de la criatura que está en el vientre de la madre.

Por último, en relación a la distinción de vida, vida humana y persona, señaló que un feto es vida humana, pero es muy importante definir si es persona o no, porque ello nos lleva a distinguir entre el homicidio y otras formas de atentado contra la mencionada vida. Enfatizó que aun la vida humana que es persona no se protege en toda circunstancia ni en todo evento.

El profesor señor Henríquez expresó que en el derecho internacional público no hay un mandato explícito sobre el aborto para los Estados. Agregó que a partir de la Plataforma de El Cairo y de Beijing es claro en la comunidad internacional que la regulación de este tópico corresponde a una cuestión de la jurisdicción doméstica. A los tratados, dijo, les compete regular derechos que ya están reconocidos.

Consignó que fuera de la sentencia Artavia Murillo, que considera errada y no aplicable a Chile, no existen fallos en el ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos que reconozcan un derecho humano básico al aborto. Añadió que la minoría de los Estados reconoce el aborto como un derecho subjetivo. Advirtió que la discusión actual se reduce a la definición de si el reconocimiento de las personas depende de los individuos o de la comunidad política. Aseveró que desde el momento en que decimos que la decisión del aborto pasa solamente por la mujer, significa que será ella la empoderada para definir si el concebido no nacido es persona o no.

Respecto a la afirmación del profesor Sierra de que el Estado no puede intervenir en el cuerpo de la mujer, remarcó que cualquier lugar donde existe una persona es lugar para el Estado.

El profesor Sierra sostuvo que el problema no es definir quien determina quien es persona, pues es la ley la que lo hace. Agregó que la mujer que decide abortar no está definiendo que esa vida intrauterina no es persona, sino que está tomando una decisión sobre su propio cuerpo y sobre esa vida que está en su vientre, que no es persona pese a tener un estatuto de protección. Acotó que una mujer que decide no abortar, no transforma esa vida intrauterina en persona.

El profesor Precht señaló que no fue aceptada la idea de que el constituyente entregase al legislador la regulación del aborto. Agregó que dicha cuestión se renovó en el Consejo de Estado por parte de don Juvenal Hernández, cuya posición consistía precisamente en que el texto constitucional entregara al legislador el mencionado mandato, lo que fue rechazado por amplia votación. Afirmó que es necesario tener en cuenta ese antecedente al analizar la historia de la Constitución Política de 1980.

Sesión del 12 de diciembre de 2016

En esta sesión, se escucharon las exposiciones de los profesores señora Magdalena Ossandón y señores Jaime Couso, Héctor Hernández y Máximo Pavez.

En primer lugar, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya**, ofreció la palabra **a la profesora de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señora Magdalena Ossandón**.

La señora Ossandón comenzó su intervención señalando que el proyecto de ley que se le ha pedido comentar se ha presentado como una regulación restrictiva que solo permitiría la despenalización del aborto en tres causales. Sin embargo, sostuvo que como ya se ha puesto de manifiesto en más de una ocasión durante esta tramitación, eso no es efectivo, por una parte, porque no se trata de un proyecto que solo despenalice el aborto y, por otra, porque no va ser nada restrictivo en su aplicación práctica.

Manifestó que se ha presentado como una mera despenalización apelando especialmente a nuestra sensibilidad frente a la situación dramática a la que se ven enfrentadas las mujeres que tienen un embarazo difícil, por alguna de las causales que contempla la iniciativa. Expresó que realmente existen esas situaciones que reclaman una consideración especial y que no se avienen bien con una sanción penal como respuesta al conflicto que vive esa mujer; sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico cuenta ya con las herramientas para evitar una sanción penal, como de hecho ocurre en la actualidad, en que no hay madres condenadas por aborto, ni en las causales a las que se refiere el proyecto ni más allá de ellas.

Indicó que parece que quienes se oponen a esta ley están haciendo un escándalo absurdo, pues si la aplicación normal del sistema penal en la actualidad permite prescindir de la sanción penal para las embarazadas que se han provocado un aborto, por qué no se procede a formalizar esa situación. Se podría así evitar de entrada cualquier riesgo de sanción o de contacto siquiera con el sistema punitivo. Si el efecto práctico es el mismo, se preguntó por qué no cambiar la ley para despenalizar el aborto.

Recalcó que aquí está la clave del asunto, la razón por la que algunos insisten con tanta vehemencia en el proyecto en tanto que otros se oponen a él. Porque aunque los resultados prácticos de la ley actual y del proyecto puedan ser más o menos similares, el fundamento teórico es radicalmente distinto: el proyecto se sustenta sobre la idea de que el no

nacido no tiene la misma dignidad ni derechos que los nacidos, porque no es considerado persona. Afirmó que ésta es la única forma de llegar a considerar lícita, conforme a derecho, la conducta destinada a terminar con la vida de un ser humano no nacido.

Sostuvo que, efectivamente, en el proyecto se pretende consagrar el aborto como una legítima prestación de salud, tal como dice el Mensaje con que fue presentado por el Ejecutivo y porque así se desprende también del hecho de que los médicos resulten obligados a practicarlo, salvo objeción de conciencia, es decir, la iniciativa no solo despenaliza el aborto y no se limita solo a prescindir de la sanción penal, sino que lo considera conforme a Derecho, legítimo.

Consideró que afirmar que el aborto es legítimo equivale a decir que matar a algunos seres humanos inocentes también lo es.

Así, enfatizó que el proyecto establece un derecho a matar, a realizar una conducta dirigida directa y deliberadamente a terminar con la vida de un ser humano absolutamente inocente. Agregó que un derecho así no existe respecto de un ser humano ya nacido porque se entiende que su dignidad no lo permite. Consignó que nuestro ordenamiento jurídico no confiere, y espera que nunca lo haga, un derecho a matar a otro ser humano inocente, ni siquiera si su vida -por las razones que sea- pueda implicar un enorme sufrimiento para otras personas.

Destacó que esta realidad que subyace bajo el aborto no se puede soslayar, tampoco si se plantea el tema como un problema de exigibilidad. En efecto, indicó que algunos afirman que al prohibirse el aborto lo que se hace es exigir, más allá de lo tolerable, un supuesto deber de la mujer a mantener un embarazo contra su voluntad, lo que sería un deber supererogatorio. Pero cuando se plantea en esos términos, se está desconociendo un dato de la realidad en el sentido de que aquí no solo está en juego "el embarazo", sino que algo más. Subrayó que si solo estuviera en juego el deber de tolerar o no el embarazo no estaríamos en este debate; el problema es que el aborto no consiste únicamente en la interrupción del embarazo y por eso prohibir el aborto no supone solamente imponer un deber de tolerar el embarazo. Más bien, el aborto consiste en matar al ser humano que se está desarrollando en el seno materno y por eso está prohibido, porque está prohibido matar al inocente.

Manifestó que es necesario poner el acento en este aspecto que ha sido oscurecido -tal vez deliberadamente- en el debate: matar al feto es lo que se prohíbe penalmente y lo que se pretende "despenalizar". Afirmó que están aquí presentes varios profesores de derecho penal que podrán decir que cuando explican a sus alumnos en qué consiste la conducta en el delito de aborto -no descrita explícitamente- les

enseñan que ésta es la de matar al feto. Aseguró que no estamos ante una mera interrupción del embarazo, puntualizando que una cesárea es una interrupción del embarazo. Lo relevante, dijo, lo que se discute si prohibir penalmente o no, es la conducta de matar al feto.

Expresó que no se trata, por lo tanto, solo de un supuesto deber supererogatorio de tolerar el embarazo, sino del deber de respetar la vida de otro.

Indicó que si solo estuviéramos ante un problema de exigibilidad, esto es, si el problema girara solo en torno a lo que se le puede llegar a exigir a la mujer en tales circunstancias, entonces debería también resolverse en ese ámbito, el de una eventual inexigibilidad por falta de culpabilidad. En efecto, si una persona realiza una conducta que está descrita en la ley como delito pero lo hace en circunstancias extraordinarias -de miedo insuperable, de fuerza moral irresistible, de estado de necesidad- entonces no es culpable ni punible por esa conducta. Añadió que el hecho de que sean muchas las personas que puedan estar en similar situación no cambia la forma en que ésta debe ser calificada, existiendo disposiciones penales de carácter general que permiten valorar esas circunstancias y, eventualmente, darles valor eximente de responsabilidad. Pero afirmar que alguien no sea culpable de una determinada conducta es distinto a reconocer, como pretende hacerse, que tenga un derecho a realizar esa conducta.

Para aclararlo, hizo un paralelo con otra situación muy dramática que también afecta a las mujeres, que es la violencia proveniente de su propio marido o pareja, que lamentablemente es bastante recurrente en nuestro país. Ejemplificó con el caso de Karina Sepúlveda, una mujer que después de sufrir 18 años de violencia física y sicológica, tomó el arma de su conviviente y le disparó mientras éste dormía. Frente a una situación así cabe preguntarse ¿había que sancionar penalmente a Karina? Además de todo lo que había sufrido y de su situación desesperada ¿había que añadir un castigo penal? Seguramente, dijo, estaremos todos de acuerdo en que no había que sancionarla, tal como ocurrió pues fue absuelta por los tribunales porque se tuvieron en cuenta esas circunstancias excepcionales que la llevaron a realizar aquel hecho. Pero eximirla de responsabilidad penal por falta de culpabilidad es muy distinto a afirmar que tenía derecho a dispararle a su conviviente o a entregarle la pistola y decirle que ella podía decidir si disparar o no. Esto último, precisó, es lo que hace el proyecto de ley respecto de la mujer en las tres causales en que se permitiría el aborto y es lo que se hace cada vez que se afirma que la mujer es quien debe decidir. ¿Decidir la muerte de otro? Consideró que por muy graves que sean las circunstancias, admitir que así se pueda provocar la muerte de otro ser humano es absolutamente contrario a los principios básicos de respeto por la dignidad humana, por los derechos humanos y por el principio de igualdad.

Declaró que el aborto es un mal pues es la destrucción de la vida de un ser humano, añadiendo que lo que se espera del legislador y del Gobierno es que ayude a las mujeres con embarazos difíciles a sobreponerse a las dificultades y no que les asigne la supuesta libertad de decidir si matar o no a su hijo.

Remarcó que es una supuesta libertad, porque la realidad del aborto en Chile y, en general, en el mundo nos revela que el problema de las mujeres no es que carecen de un espacio de decisión o de una libertad. La realidad muestra -como lo revelan las cifras que la Fundación Chile Unido ya ha planteado sobre la base de miles de casos y también estudios en otras partes del mundo- es que en la inmensa mayoría de los casos la mujer no aborta porque quiere, sino porque se ve obligada a hacerlo, presionada por otros, especialmente por el padre que no quiere que ese niño nazca y después ser demandado por alimentos, o presionada por las circunstancias, porque siente que no tiene otra salida. Recalcó que frente a esa situación, el proyecto lo único que logra es privar a esa gran mayoría de mujeres que no quiere abortar de uno de los pocos argumentos con que podían negarse al aborto, esto es, alegar su ilegalidad.

Agregó que a la mujer se la pone en una encrucijada en la que ni siquiera debería estar, sometida a la presión añadida de hacerle creer que está en sus manos la supuesta solución de su problema. Aseveró que es una paradoja que, en nombre de su autonomía, en la práctica se la esté obligando a tomar una decisión y se la esté enfrentando a un dilema que no debería existir: el de decidir si matar o no matar a su propio hijo.

Hizo presente que cuando el embarazo es consecuencia de una violación, a lo anterior se añade el hecho de que esos embarazos suelen darse en contextos de violaciones reiteradas por personas del entorno familiar. En estos casos, señaló, es el violador el primer interesado en hacer desaparecer la principal prueba que podría inculparlo: el niño que está por nacer, razón por la cual -tal como ha advertido nuestra Corte Suprema- la causal se presta para asegurar la impunidad del violador y provocar mayor abuso y coerción contra la mujer.

Por lo demás, añadió que son tantas las dificultades para asegurar que esta causal se aplique cuando el embarazo es realmente producto de una violación y no de una relación consentida, que en la práctica -como han reconocido también algunos defensores del proyecto- ella no es más que una concesión al aborto libre durante las primeras doce semanas de gestación.

Por último, señaló que el aborto no solo daña al feto quitándole la vida. Aunque se pretende presentarlo como una solución

que podría mejorar la situación de las mujeres cuando están sufriendo por un embarazo no deseado, desde el punto de vista médico no existen estudios que demuestren reales beneficios del aborto en la salud de la mujer, sino que la evidencia se inclina más bien en sentido contrario: el aborto es por sí mismo una experiencia violenta para ella, que la daña física y psicológicamente. Connotó que los abortos "desencadenan síntomas variables de una reacción de estrés agudo, que puede provocar o recrudecer un Síndrome de Estrés Postraumático (SEPT)". Incluso los abortos espontáneos generan estos síntomas, agregó, pero cuando el aborto es intencional las consecuencias son mucho más profundas y duraderas.

Concluyó su alocución manifestando que, en resumen, el aborto es un mal, es violencia y es muerte y no puede ser un derecho. Declaró que este proyecto no le hace ningún favor a la mujer, quien en la práctica es una víctima más de la situación, mereciendo algo mejor que esto.

Luego, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra al **profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, señor Jaime Couso.**

El señor Couso comenzó su exposición agradeciendo a la Comisión la invitación formulada para exponer sus puntos de vista sobre el proyecto en trámite y expresando que su intervención se basaría esencialmente sobre los derechos y la situación de las niñas y adolescentes, ello no sin antes explicar brevemente su opinión general sobre la iniciativa.

I.- La justificación jurídico-penal de la interrupción voluntaria del embarazo en el marco del proyecto

Manifestó que el proyecto regula tres situaciones en las que, mediando la voluntad de la mujer embarazada, la interrupción del embarazo no constituye un delito de aborto. Esas situaciones son consideradas, por la exposición de motivos del Ejecutivo, experiencias de vida críticas para la embarazada (riesgo de muerte, embarazo de un feto inviable y embarazo producto de una violación), de modo que el Estado estaría habilitado para dar preeminencia, en tales situaciones extremas, a los derechos de la mujer embarazada -a la vida y a la integridad física y psíquica, unidos a su derecho a la dignidad, a la autonomía reproductiva y a conducir su existencia de acuerdo con sus propias convicciones y principios morales- por encima del interés en la protección de la vida del que está por nacer, siempre que se cumpla con las exigencias y plazos señalados por la propia iniciativa.

Destacó que, en otra oportunidad anterior, al exponer sobre este proyecto en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, señaló que esta forma de entender y resolver el conflicto jurídico tiene fundamentos razonables y convincentes. Pero también advirtió que el reconocimiento de la autonomía reproductiva de la mujer justificaría una regulación menos restrictiva, que le entregue fundamentalmente a ella, en las primeras etapas de la gestación, la decisión de llevar adelante o de interrumpir el embarazo. Sin embargo, prosiguió, el estado de tramitación del proyecto y la urgencia de discutir y resolver otras cuestiones específicas, hacen aconsejable asumir el escenario de una regulación que solamente aspira a hacer menos insoportable la situación de la mujer embarazada en esas tres extremas situaciones, en las que a los graves peligros y traumáticas experiencias que acompañan su embarazo se unen el riesgo de ser encarcelada y el estigma social de la condena penal si decide ponerle fin. Acerca de este escenario específico, sostuvo que el empleo del derecho penal en contra de mujeres que se encuentren en alguna de las tres causales aparece como una violenta negación de su sufrimiento, en general incapaz de conseguir los objetivos que busca y que, por el contrario -a lo menos respecto de las mujeres que, por su condición socioeconómica y por su edad, no tienen acceso a prestaciones de salud seguras en clínicas privadas o en el extranjero-, expone a las que no pueden soportar llevar adelante el embarazo en esos casos a los graves peligros de un aborto no seguro.

II.- La situación de las niñas y adolescentes en el proyecto

Recordó que el proyecto del Ejecutivo consideraba reglas especiales para el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo por parte de adolescentes menores de 18 años y de las niñas menores de 14. Esas reglas balanceaban razonablemente los intereses protegidos, en general, por el proyecto -entre ellos, la autonomía reproductiva de adolescentes y niñas- con el legítimo interés de los padres o tutores de orientar a sus hijas o pupilas en una decisión tan sensible, velando por el bienestar de éstas.

Agregó que pese a que esa regulación fue, con modificaciones menores, aprobada mayoritariamente en la Cámara de Diputados, los preceptos referidos a las niñas menores de 14 años se tuvieron por no aprobados al considerarse que regulaban una materia que requería quórum calificado por modificar las competencias de los tribunales de familia, quórum especial que no se alcanzó. Recalcó que el resultado es que, no obstante que el proyecto explícitamente reconoce que las niñas también pueden acceder a la interrupción del embarazo en las tres causales, la regulación de las condiciones de ese acceso en relación con las facultades parentales, solo se refiere a las adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años.

Manifestó que la necesidad de llenar ese vacío durante la discusión del proyecto en el Senado, ofrece además una oportunidad para revisar las mejores opciones regulativas disponibles, pues la decisión del proyecto del Ejecutivo de judicializar la causa cuando la solicitud de autorización parental sea riesgosa para la niña, podría terminar siendo contraproducente para los objetivos buscados por esa regulación.

Destacó que a dicha cuestión dedicaría el resto de su exposición, teniendo en cuenta, especialmente, las opciones que ofrece el derecho comparado en el contexto de un entendimiento de los derechos del niño y las facultades parentales armónico con los instrumentos internacionales vigentes en la materia, especialmente la Convención internacional sobre los Derechos del Niño.

III.- Derechos del niño y facultades parentales

Muy sintéticamente, declaró que en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es claro que las facultades parentales están al servicio del interés superior del niño y que el mencionado interés también se expresa en el reconocimiento a los niños de autonomía progresiva para ejercer sus derechos por sí mismos, bajo la dirección y orientación de sus padres o tutores. Es decir, los derechos fundamentales de los niños, en principio, deben ser ejercidos directamente por ellos, bajo dirección parental y con los límites que la protección de otros intereses de los niños impongan, pero esa dirección y estos límites, que pueden ser enérgicos cuando los niños son pequeños (incluso al punto de que los padres o tutores pueden sustituirlos en el ejercicio de algunas facultades de tales derechos mediante la figura de la representación legal), luego se van debilitando a medida que niños y adolescentes se desarrollan y adquieren más competencias.

Ahora bien, expresó que un caso especial está representado por los derechos fundamentales de la esfera íntima de la persona, por ejemplo, el derecho a la libertad de conciencia o los así llamados derechos sexuales o reproductivos. Su peculiaridad radica en que estos derechos, a diferencia de los derechos de contenido patrimonial, o se ejercen directamente por el titular o son irreconocibles como derechos. En efecto, una madre no puede tener una convicción religiosa a nombre de su hijo ni ejercer a nombre de su hija la facultad de ésta de expresar libremente sus opiniones; tampoco puede ejercer en representación de su hija adolescente el derecho de ésta a decidir si tener o no relaciones sexuales o si tener o no hijos en determinada fase de su vida.

Añadió que en este caso, cuando el niño es muy pequeño, nadie lo puede representar y si ello es necesario para proteger otros intereses del propio niño, aquellos derechos simplemente no son ejercidos por nadie, postergándose su ejercicio hasta que se adquiera

competencia suficiente: por ejemplo, la decisión de contraer matrimonio solo puede ser adoptada por la adolescente, no por sus padres o tutores, y la ley protege los intereses de los menores de edad postergando esa decisión hasta los 16 años y exigiendo, además, autorización parental.

Sostuvo que en relación con estos derechos de la esfera íntima, el embarazo plantea un dilema muy peculiar. Subrayó que si se reconoce, como lo hace el proyecto de ley, que la mujer embarazada tiene derecho, en situaciones extremas, a decidir si acaso interrumpe o no su embarazo, entonces la niña o adolescente que sufre un embarazo con riesgo de muerte, inviabilidad fetal o producto de una violación, necesariamente queda puesta en una situación en la que la decisión debe ser adoptada: esa decisión ya no puede postergarse, como en el caso del matrimonio. Apuntó que la decisión de “no hacer nada” equivale, en realidad, a una decisión de que ella va a continuar embarazada y dar a luz en esas extremas condiciones. Entonces, la decisión de seguir adelante con el embarazo o de interrumpirlo, o bien se deja en las manos de la niña o adolescente embarazada, o bien se le arrebata y es adoptada por otros en su lugar, de forma definitiva e irrevocable. Por eso, en el derecho comparado se admite que la decisión es de la niña o adolescentes embarazada, sin perjuicio de que algunas leyes exigen autorización, o bien notificación parental.

Precisó que la cuestión de política legislativa más sensible en este terreno es, justamente, la de si debe exigirse, por regla general, autorización o notificación parental y si acaso -y bajo qué condiciones- debe permitirse a una niña o adolescente prescindir de esa exigencia.

Agregó que frente a esta disyuntiva hay dos órdenes de razones de peso para evitar una exigencia fuerte de autorización o notificación parental, prefiriendo una exigencia débil que admita excepciones. Además, hay buenas razones para que esas excepciones se resuelvan al nivel de los servicios médicos y no en los tribunales.

IV.- Consideraciones constitucionales

Señaló que la primera razón para abrir la puerta a excepciones a esa exigencia es que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América reconoció, en una importante decisión del año 1976 que si la Constitución reconoce el derecho de toda mujer a decidir si tener o no tener hijos y cuándo hacerlo, entonces “el Estado no puede imponer una regla absoluta […] que exija el consentimiento de uno de los padres, o de otra persona actuando su lugar, como una condición para el aborto de una menor soltera”. Por eso, dicha Corte dispuso que las leyes estaduales que exijan consentimiento o notificación parental solo son constitucionales si permiten a la menor que evite ese veto recurriendo a un tribunal, alternativa conocida como *bypass* judicial.

Indicó que algo similar resolvió la Cámara de los Lores británica en el caso Gillick, en 1985, pero permitiendo al médico tratante autorizar la intervención si consideraba que la menor de 16 años era suficientemente madura, evitando así judicializar la concesión del permiso sustitutivo, salvo si la niña no parecía ser madura para resolver por sí sola. Adujo que esa regulación, en todo caso, es compatible con una política que promueva por regla general -para los casos en que ello no sea riesgoso para la niña o adolescente embarazada- la presencia de los padres o tutores, orientándola y acompañándola en la decisión y en la práctica de la intervención, que es lo que en la generalidad de las relaciones familiares funcionales naturalmente va a suceder.

En Gillick, de hecho la Cámara de los Lores exigió a los médicos que procuraran persuadir a la niña o adolescente sobre la conveniencia de que se notifique a sus padres o tutores y de que ella cuente con su compañía en la práctica de la intervención y con posterioridad a ella y los protocolos de salud especifican esa obligación como un paso importante en el proceso previo a la interrupción del embarazo. Pero la política de entregar, a fin de cuentas, a la niña la decisión de involucrarlos o no, evita que sus temores -a veces absolutamente justificados- respecto de la posible reacción violenta de sus padres o tutores, termine por alejarla de los servicios de salud, una importante preocupación de salud pública.

V.- Consideraciones de salud pública

Consignó que la segunda razón para evitar una exigencia fuerte de autorización o notificación parental es, justamente, de política de salud pública.

En efecto, remarcó que tal como se aprecia en la discusión comparada, la exigencia de dar cuenta a sus padres o tutores es para la niña o adolescente en ciertos casos insoportable e incluso peligrosa, y puede tener resultados desastrosos de política de salud pública: el recurso a abortos clandestinos o la postergación de su decisión de pedir asistencia o ayuda hasta un momento en que ya no es posible contar con ella o en que los riesgos biomédicos del embarazo son muy elevados.

Por ello, manifestó que es especialmente relevante atender a los datos disponibles sobre la realidad del embarazo de niñas y adolescentes en las situaciones reguladas por el proyecto y al efecto que una regulación muy restrictiva sobre el acceso a la interrupción del mismo produce en los comportamientos de aquellas.

Respecto al embarazo por violación, se refirió a un estudio realizado por la doctora Andrea Huneeus, en una publicación especializada de Ediciones Universidad Diego Portales.

Precisó que en dicho estudio se señala que el cuadro general que resulta de los datos disponibles es el siguiente: a nivel global, cerca de un 10% de las mujeres violadas quedan embarazadas, lo que en Chile representaría unos 620 casos anuales de embarazo por violación. El 66% de esos embarazos por violación afecta a menores de 18 años (poco más de 400 casos anuales); el 12%, a menores de 14 años (unos 75 casos anuales, según esta estimación). Esos embarazos por violación son especialmente riesgosos para las embarazadas, más aun para las niñas, sobre todo debido a la alta vulnerabilidad social que suelen tener las víctimas (destacándose el peligro de "partos prematuros, deserción del control prenatal, desnutrición y estrés traumático agudo, estrés post traumático y depresión y suicidio"). Los riesgos aumentan, además, debido a que las víctimas consultan muy tardíamente los servicios de salud debido a la vergüenza, la baja autoestima y el aislamiento social que sufren. Ello ocurre incluso en países donde el aborto es legal, al punto de que un 52% de las víctimas de violación consultan los servicios de salud después de las primeras 12 semanas de gestación. Y dado que de todos modos el 50% de las embarazadas por violación aborta, muchas lo hacen de modo inseguro, recurriendo a procedimientos clandestinos, cuya tasa de mortalidad es cerca de 10 veces superior a la de los abortos seguros. En Chile, añadió, los pocos casos estudiados de embarazo por violación en adolescentes y niñas, protagonizada en general por padres y padrastros, son diagnosticados y llegan a los servicios de control prenatal entre la 20ª y la 26ª semana de gestación.

Connotó que estas consideraciones de salud pública también pesan en legislaciones que permiten el aborto bajo el sistema de plazos, pues la exigencia de que las menores de edad embarazadas revelen su situación a sus padres o tutores (impuesta por las leyes de consentimiento o notificación parental), sobre todo en el caso de relaciones conflictivas, con padres autoritarios y violentos, constituye un peligroso disuasivo de la solicitud oportuna de servicios seguros de interrupción del embarazo. Esta fue una consideración determinante, por ejemplo, de la decisión de la High Court inglesa en el caso Axon, en 2006, de afirmar el derecho a la confidencialidad de las menores de edad que accedían a la interrupción del embarazo incluso frente a sus padres.

VI.- Conclusiones y preferencia por una autorización sustitutiva del equipo médico

Estimó que las consideraciones anteriores justifican contemplar solo una exigencia débil de autorización o notificación parental, que admita excepciones. Añadió que el proyecto adopta esa perspectiva para las adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años, al exigir solo notificación a -y no autorización de- un padre o representante legal, pero permitiendo a la adolescente recurrir a otro adulto responsable en

caso de riesgos graves, a criterio del médico tratante. Enfatizó que respecto de las niñas, para llenar el vacío regulativo que quedó tras el trámite del proyecto en la Cámara de Diputados, una primera alternativa es igualar su situación a la de las adolescentes, considerando que también son aplicables a las niñas -pese a su menor madurez y competencias- algunas de las razones de principio -los derechos reproductivos son personalísimos- y las mismas razones de política de salud pública ya expuestas.

Expresó que la segunda opción es volver al modelo del proyecto del Ejecutivo, que requería autorización parental y no solamente notificación, pero permitía suplirla si había sido denegada o si el solo hecho de pedirla expondría a la niña a riesgos graves. Sin embargo, en este caso las consideraciones de política pública recién expuestas, así como las dificultades y críticas que ha enfrentado el sistema del *bypass* judicial en varias jurisdicciones de Estados Unidos, hacen aconsejable preferir una autorización sustitutiva del médico tratante -si la niña tiene madurez suficiente- o de un comité de ética del establecimiento -si no la tiene-, en vez de judicializar la resolución del problema.

VII.- Excurso: el problema del plazo para la causal de violación

Concluyó su exposición refiriéndose al plazo máximo para solicitar la interrupción del embarazo en la causal de violación. Sostuvo que tratándose de niñas y adolescentes, la decisión de la Cámara de Diputados de reducirlo de 18 a 14 semanas es altamente riesgosa. Aseveró que la fenomenología del problema da cuenta de que las niñas y adolescentes se atreven a denunciar o a dar cuenta del problema más tarde y que plazos muy estrictos las pueden dejar fuera de todo acceso a una intervención médica segura. Es cierto, dijo, que las razones para establecer una prohibición de la interrupción del embarazo parecen hacerse más poderosas mientras aumenta la edad gestacional; pero también es cierto que el peso de las razones a favor de mantener esa opción abierta para las niñas y adolescentes violadas son mayores que en los casos ordinarios de aborto, sujetos a la regla del plazo en el derecho comparado. Esos países, de hecho, suelen relajar tales plazos en caso de embarazo por violación. Consideró, por ello, crucial aumentar el plazo, de preferencia a no menos de 20 semanas.

Enseguida, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra al **profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, señor Héctor Hernández.**

El señor Hernández agradeció la invitación cursada por la Comisión y comenzó su intervención señalando que abordaría

los aspectos que a continuación se señalan, los que consideró centrales en la discusión jurídica y general del proyecto de ley en estudio.

1. La explicación de un debate centrado exclusivamente en el aborto consentido por la mujer embarazada

Manifestó que es un error plantear el debate sobre el aborto en términos abstractos y absolutos, como si hubiera supuestos partidarios y detractores en esos términos. Expresó que prácticamente nadie pone en duda la gravedad del aborto y la necesidad de una reacción penal a su respecto. Recalcó que hay un único caso que divide las opiniones y es el caso del aborto practicado por decisión de la mujer embarazada, lo que no es casual, porque es el único caso totalmente excepcional en el que la prohibición del aborto no implica solo abstención, sino auto-sometimiento.

2. La base de un modelo de indicaciones: el reconocimiento honesto del conflicto entre los derechos de la mujer y la vida del que está por nacer

Sostuvo que frente al aborto provocado en virtud de la voluntad de la mujer embarazada pueden adoptarse dos puntos de vista: uno que reconoce la existencia de un delicado conflicto de derechos, intereses o bienes y otro que lo niega. Destacó que solo la negación de este conflicto lleva a soluciones absolutas e indiferenciadas.

Consignó que una manera de negar el conflicto es asumir que en el embarazo solo está comprometido el cuerpo y los derechos e intereses de la mujer, sobre la base de la negación de un bien (o de un sujeto) digno de protección en colisión con tales derechos e intereses, concretamente la vida del que está por nacer. Añadió que esta perspectiva lleva consecuentemente a un régimen de “aborto libre”, es decir, uno en el que la mujer decide sin restricciones de ningún tipo, ni de circunstancias concomitantes ni de tiempo sobre el rumbo del embarazo.

Pero también, aseveró que se niega el conflicto cuando, reconociendo retóricamente su existencia, se tiene para él una única solución, cualesquiera que sean las circunstancias. Tal es el caso cuando se le asigna a la vida del que está por nacer un valor absoluto, de modo que siempre prima sobre cualquier derecho o interés de la mujer embarazada. Connotó que esto lleva a un modelo de prohibición absoluta, como el que, en lo fundamental (con el único matiz de la eventual aplicación de la llamada “doctrina del doble efecto”), rige en Chile desde 1989.

Indicó que un reconocimiento honesto del conflicto debería llevar a un régimen diferenciado, que en algunos casos, se inclina en favor de uno de los extremos en conflicto y en otros casos en favor de su opuesto. Declaró que esto es lo que hace un sistema de plazos, que por cierto no es un modelo de “aborto libre”. La restricción temporal es, por

cierto, una restricción muy significativa del ámbito de decisión de la mujer, por lo cual se preguntó si alguien admitiría que no se afecta su libertad en alguna dimensión si solo pudiera ejercerla dentro de un plazo limitado. Pero es lo que, sobre todo, hace un modelo de "indicaciones" (razones excepcionales, específicamente definidas que deben ser alegadas y comprobadas) como el que propone el proyecto en actual tramitación: precisamente porque le asigna un valor capital a la vida del que está por nacer, solo autoriza el aborto en casos extremos de compromiso de los derechos y dignidad de la mujer, obligándola a soportar el embarazo no deseado en todos los demás casos. Señaló que la idea de que aquí se está proponiendo algo así como un aborto libre o que se absolutiza los derechos de la mujer embarazada no pasa de ser una caricatura.

3. La peculiaridad de la situación de la mujer embarazada y el deber insólito de poner el propio cuerpo a disposición del bienestar de otro

Hizo presente que es indispensable tener claridad sobre la situación extraordinaria en que se encuentra la mujer embarazada y sobre lo que implica el régimen que se le dé a su decisión de abortar o no.

Aseveró que no abortar no es simplemente no matar, como a menudo se dice. Precisó que no matar significa simplemente abstenerse de hacer algo que provoque la muerte de otro y en algunos casos excepcionales (tratándose de "garantes", sujetos especialmente obligados) el deber de hacer algo, aunque siempre solo en la medida de lo posible, para evitar que alguien muera. Pero en ningún caso, ni aun tratándose de garantes, el derecho exige poner el propio cuerpo a disposición de otro para que éste pueda vivir. Aclaró que ningún garante, en particular ningún padre, está obligado a poner su cuerpo a disposición de sus hijos, aunque esto sea indispensable para salvarles la vida y se esté en condiciones de hacerlo sin mayor detrimento. Advirtió que se podrá decir que la comparación es impertinente porque la situación no puede darse en la realidad, pero basta pensar en los trasplantes de órganos para confirmarlo: ningún padre está obligado a donar una parte siquiera mínima y poco importante de su cuerpo para salvar la vida de su hijo nacido. A lo más se ha llegado a aceptar, y no sin polémica, la existencia de un "deber de tolerancia" y sólo de parte de garantes frente a terceros que, para evitar la muerte o la ocurrencia de daños graves a la salud de alguien, extraen pequeñas cantidades de sangre, es decir, nada mínimamente comparable con el compromiso del cuerpo que representa el embarazo.

Añadió que por eso son impertinentes las alegaciones sobre la base del *status* de persona del que está por nacer o del derecho a la vida, porque de ellos no se sigue en absoluto el deber positivo correlativo de poner a disposición del *nasciturus* el propio cuerpo.

Manifestó que otra cosa es que, al margen de las dudas sobre la legitimidad de la decisión, la sociedad decida imponerle a la mujer embarazada un deber de ese tipo, no por el respeto que ella le debe a la vida, sino por imperativo de la naturaleza de la procreación humana. Pero en tal caso, es obvio que ese deber debe estar sometido a límites relevantes, que no lo tornen insoportable. Sostuvo que los límites mínimos reconocidos internacionalmente son, precisamente, las indicaciones del aborto, de un modo similar a como, tímidamente, se expresan en este proyecto de ley.

4. El necesario efecto justificante de las indicaciones

Apuntó que se ha extendido un juego de palabras que puede entretener a los medios de comunicación pero que no debiera influir en el Parlamento. Connotó que tanto despenalizar como legalizar son, para un penalista, conceptos no técnicos para referirse a la decisión de que algo deje de ser delito. Agregó que, técnicamente, eso se puede hacer de diversas formas, para lo cual son decisivos los efectos prácticos que se quiere lograr.

Opinó que lo que corresponde en un sistema serio y efectivo de indicaciones es que se asegure que éstas tienen efecto *justificante*, es decir, que bajo su concurrencia el hecho no se considera ilícito, sino que conforme con el derecho.

Al respecto, consideró interesante tener a la vista la jurisprudencia constitucional alemana, caracterizada por su decidida defensa de la vida del que está por nacer y por la enorme importancia que le asigna precisamente a la distinción entre un aborto no punible y uno justificado, que impidió darle carácter justificante al régimen general de plazos con asesoría obligatoria actualmente vigente en Alemania, pero que no dudó en aceptarlo respecto de las indicaciones (BVerfGE 88, 203, de 23.5.1993, que dio lugar al actual § 218 a StGB, que hace la distinción: el régimen general sólo implica atipicidad [inciso primero]; las indicaciones implican justificación [incisos segundo y tercero: indicación médico-social, que según la historia fidedigna de su establecimiento contiene la embriopática; e indicación criminológica o ética]).

Consignó que la distinción entre un hecho que simplemente no es punible (como los hay muchos: el hecho de un inimputable o del que se encuentra en una situación desesperada) y uno que se ajusta a derecho, es fundamental no solo desde un punto de vista conceptual, sino también práctico. Del carácter lícito del hecho depende que exija un marco jurídico seguro y aceptable para los profesionales de la salud en la materia, a quienes, por cierto, no solo les interesa legítimamente no ser perseguidos penalmente, sino también que se reconozca que no han hecho nada indebido.

Añadió que solo bajo esa condición pueden practicar un aborto en los términos de la ley en un ambiente abierto y no clandestino. Solo bajo esa condición su remuneración es inobjetable y pueden confiar en que no habrá acciones civiles en su contra por parte de quienes aleguen un interés legítimo en la conservación de la vida del que está por nacer (otros ascendientes, por ejemplo), en la medida en que la eventual ilicitud del aborto es el primer requisito para ello. Solo bajo esa condición la interrupción del embarazo puede constituir una prestación de salud por parte del Estado (en un Estado de Derecho éste no puede realizar prestaciones ilícitas) y éstas pueden ser exigibles por parte de la mujer que se encuentra en la situación prevista por la ley; solo bajo ese supuesto pueden operar los deberes residuales previstos para los profesionales que plantean objeción de conciencia (porque nadie puede ser obligado a contribuir a que otro realice un hecho ilícito). Y tal vez lo más importante, solo bajo esa condición se puede zanjar con seguridad la cuestión sobre si personas contrarias a la práctica del aborto tienen derecho a tratar de impedirlo, incluso violentamente (contra la mujer o los profesionales, contra los establecimientos), alegando la ilicitud del aborto.

Aseveró que lo único que da la necesaria certeza es la consagración inequívoca del carácter autorizado, justificado y no solo no punible de la interrupción del embarazo en los supuestos previstos por la ley.

5. Detalles del proyecto

A continuación efectuó algunos comentarios sobre aspectos específicos del proyecto en su actual estado de tramitación:

a) En cuanto a los supuestos autorizados

Enfatizó que es incomprensible, a la luz de las razones expuestas precedentemente, que solo esté autorizado el aborto en casos de peligro para la vida de la mujer y no cuando está comprometida su salud. Sostuvo que podrán discutirse límites para esta formulación, en términos de gravedad, permanencia en el tiempo de las consecuencias, distinción entre salud física y síquica, etc., pero la desconsideración de la salud de la mujer es sencillamente escandalosa.

Agregó que por elemental coherencia, debe equipararse al caso de embarazo producto de una violación la de aquél que es consecuencia de un estupro.

b) Forma de expresar el carácter justificado del aborto

Expresó que en los artículos 344 y 345 del Código Penal se emplea la expresión “no constituye delito de aborto”, lo que es

fuente segura de discusiones interpretativas, porque no es una expresión que exprese lo que es realmente importante desde un punto de vista penal (¿es atípica la conducta?, ¿está justificada?, ¿sólo exculpada?, ¿sólo exenta de pena?). Es cierto que en el Código subsisten expresiones similares provenientes del siglo XIX, pero hoy sería deseable un trabajo más fino. Propuso, en su reemplazo, usar la expresión “fuera de los casos autorizados por la ley”.

c) Delito previsto en el artículo 345 bis del Código Penal

Consignó que desde un punto de vista sistemático, este delito está completamente fuera de lugar, pues no tiene nada que ver con el aborto, sino con la regulación de los trasplantes de órganos en la ley N° 19.451, cuyos artículos 13 y 13 bis deberían ser el domicilio natural de un delito como el propuesto. Hizo presente que lo anterior es tan evidente que el propio proyecto modifica el artículo 13 bis de la citada ley, profundizando con ello, sin embargo, el desorden sistemático.

d) Deberes de denuncia en el artículo 119 bis

Concluyó su exposición señalando que esta materia merece una revisión profunda. Destacó que sin mayor justificación, el proyecto hace *tabula rasa* de las razones en virtud de las cuales nuestro ordenamiento entrega la decisión de la denuncia de los delitos sexuales a la víctima. Más grave aún, tratándose de delitos contra niñas y adolescentes, respecto de las cuales, es efectivo, siempre hay acción penal pública. El proyecto no ve que ese dato es algo distinto del necesario respeto del deber de secreto profesional que se tiene respecto del paciente. Es un error contumaz creer que el deber de denuncia prevalece por sobre el deber de secreto profesional, al margen de los límites bien específicos que éste puede admitir. Y, sobre todo, descuida que el primer propósito de la ley debería ser que las niñas y adolescentes no tengan temor de acceder al sistema de salud. Subrayó que, en otras palabras, una cosa es que el Ministerio Público esté obligado a perseguir estos delitos desde que tiene conocimiento de ellos y otra es que el sistema de salud tenga deberes respecto del Ministerio Público que están por sobre los que tiene con sus pacientes más desvalidos.

A continuación, hizo uso de la palabra **el profesor de Derechos Fundamentales y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señor Máximo Pavez.**

El señor Pavez agradeció la invitación cursada por la Comisión y anunció que organizaría su intervención sobre la base de los puntos que a continuación se abordan.

I. Consideraciones generales sobre el debate público

A. ¿Es un proyecto de salud pública?

A este respecto, manifestó que el mensaje que dio inicio a la tramitación del proyecto señala expresamente lo siguiente:

“Los derechos de las mujeres están en el centro de esta propuesta. Por esta razón, las tres causales de interrupción del embarazo que el proyecto aborda exigen como presupuesto de cada una la expresión de voluntad libre de la mujer, sin la cual dicha interrupción no puede tener lugar. En los casos específicos en que la mujer es incapaz, está incapacitada o cuando es menor de 14 años, el proyecto propone reglas especiales para resguardar su voluntad.

Del mismo modo, el Estado de Chile es laico y reconoce el derecho que asiste a toda persona para conducirse en su vida de acuerdo con sus convicciones y principios morales, sean éstos de carácter religioso o no, razón por la cual se contempla una regla para el caso de quienes deseen objetar en conciencia. Este es un acto estricta y esencialmente individual del profesional clínico que deba intervenir directamente en la interrupción del embarazo, de mediar la voluntad de la mujer en los casos a que se refiere. Con todo, este derecho no puede ser un obstáculo insalvable para acceder a la interrupción del embarazo.”.

A continuación señala:

“Debemos reconocer que el Estado, en estas situaciones extremas, no puede imponer una decisión a las mujeres ni penalizarlas, sino entregar alternativas, respetando su voluntad, ya sea que deseen continuar el embarazo u optar por interrumpirlo, para asegurar el pleno respeto de sus derechos.”.

A la luz de estos extractos del mensaje y del mismo proyecto de ley, expresó que pueden extraerse las siguientes conclusiones. En primer lugar, sostuvo que no se vislumbran en dicho mensaje argumentos por los cuales exista un déficit en la condición sanitaria de las personas. Lo que hay son argumentos por los cuales la decisión “libre” de las mujeres no puede darse en condiciones sanitarias “seguras”.

En segundo lugar, indicó que la iniciativa no incluía originalmente ningún programa de acompañamiento ni caminos distintos que la interrupción del embarazo.

En tercer lugar, aseveró que este proyecto fue impulsado por el Ministerio de la Mujer y no por el Ministerio de Salud, lo que permite concluir que la finalidad del mismo guarda más relación con los fines del primer organismo y no tanto con temas de salud pública.

Finalmente, opinó que cabe cuestionar cuál es la razón de salud pública en la causal tercera, es decir, de la interrupción del embarazo en caso de violación.

Recalcó que resulta pertinente analizar también las cifras sobre mortalidad materna por aborto, las cuales se encuentran en el siguiente gráfico.

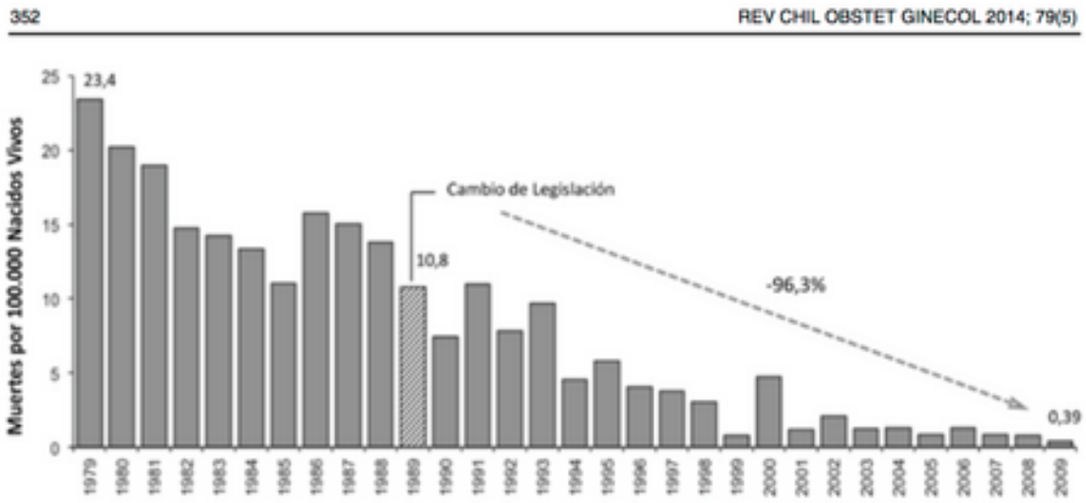


Figura 1. Razón de mortalidad materna por aborto (muertes por cada 100.000 nacidos vivos excluido el embarazo ectópico) entre 1979 y 2009 en Chile [3]. Luego de 1989 (derogación de código sanitario que autorizaba el aborto terapéutico con la firma de dos médicos) la mortalidad continuó disminuyendo (96% en 20 años).

Hizo presente que la muerte por aborto provocado es un fenómeno excepcional en términos epidemiológicos, existiendo un riesgo de 1 en 4 millones de mujeres en edad fértil. Tal como señala el gráfico, luego de la ley de 1989, las muertes por aborto continuaron disminuyendo desde 10,8 hasta 0,39 por cada 10.000 nacidos vivos, lo cual “como materia de hecho científico, desafía la noción que una legislación menos permisiva conduce a una mayor mortalidad por aborto” (Elard Koch, 2014, Revista Chilena de Medicina Obstetricia).

B. Chile no ha discutido el tema en forma madura

Hizo presente que el referido mensaje señala: “En mi programa de Gobierno adquirí un compromiso con la ciudadanía. Luego, el pasado 21 de mayo, en el Mensaje a la Nación, formulé un llamado a tener una discusión madura e informada, debatiendo en el Congreso un proyecto de ley que despenalice la interrupción voluntaria del embarazo por tres causales específicas.

Hoy cumplimos con el compromiso asumido con el envío de este proyecto de ley, para someterlo a vuestro debate y luego convertirlo en ley de la República.”.

Agregó que en aquel documento se detallan más adelante los esfuerzos legislativos por discutir este tema. El primer proyecto se presentó en 1991 y el último –el presente boletín– en 2015. Subrayó que esto demuestra que en 20 años de gobierno de la Concertación, el Ejecutivo no puso urgencia a estos proyectos y no presentó ninguno. Además, connotó que las normas del Código Sanitario y del Código Penal no están sujetas a quórum distinto al de ley simple, por lo que tampoco se puede sostener que hubo algún bloqueo a la votación de estos proyectos por vía de los quórum.

A continuación, presentó una tabla donde se consignan las distintas iniciativas dedicadas a esta materia, con su respectiva fecha de ingreso y su estado actual:

N° Boletín	Fecha de ingreso	Nombre proyecto	Estado
9.895-11	31-01-2015	Regula la despenalización de la interrupción del embarazo cuando hay riesgo objetivo de la madre	En tramitación
9.480-11	05-08-2014	Modifica tipificación de figuras delictivas del aborto y su penalidad	En tramitación
9.418-11	30-06-2014	Modifica Código Sanitario, en materia de aborto por indicaciones terapéuticas, eugenésicas, o de índole ética social	En tramitación
9.021-11	09-07-2013	Modifica el Código Sanitario para autorizar el aborto en los casos que indica y el Código Penal para su despenalización en las mismas hipótesis	En tramitación
8.925-11	07-05-2013	Interrupción legal del embarazo por razones terapéuticas	En tramitación
8.862-11	02-04-2013	Establece licitud de los procedimientos de interrupción del embarazo en casos determinados	En tramitación
7.965-11	04-10-2011	Permite la interrupción del embarazo ante riesgo demostrado para la vida de la madre	Archivado
7.391-07	21-12-2010	Despenaliza el aborto terapéutico, eugenésico o en caso de violación	Archivado
7.373-07	15-12-2010	Despenaliza la interrupción del embarazo por razones médicas	Rechazado
6.845-07	10-03-2010	Despenaliza el delito de aborto y	Archivado

		consagra el aborto terapéutico	
6.591-11	03-07-2009	Modifica el Código Sanitario, señalando los casos en los cuales se podrá interrumpir el embarazo	Rechazado
6.522-11	13-05-2009	Sobre interrupción terapéutica del embarazo	Rechazado
6.420-11	19-03-2009	Modifica el artículo 119 del Código Sanitario para permitir la interrupción médica del embarazo en caso de riesgo de la madre	En tramitación
4.751-11	19-12-2006	Sobre interrupción del embarazo	Archivado
3.197-11	23-01-2003	Modifica el artículo 119 del Código Sanitario en lo relativo al aborto terapéutico	Archivado
1.298-18	02-08-1994	Modifica el Código Penal en materia de aborto	Archivado
499-07	10-09-1991	Modifica el artículo 119 del Código Sanitario en lo relativo al aborto terapéutico	Archivado

Consignó que durante el Gobierno del ex Presidente señor Piñera se discutieron en la Comisión de Salud del Senado tres mociones sobre aborto: los Boletines 7.373-07, 6.591-11 y 6.845-11. A pesar que el ex Presidente antes mencionado insistió en que vetaría un proyecto de esta naturaleza, varios Senadores promovieron su discusión.

Añadió que con fecha 27 de septiembre de 2011, la Comisión de Salud evacuó el informe por el cual se recomendaba la aprobación en general. Dicho debate se dio contando con las exposiciones de la sociedad civil y científica. Con todo, la Sala del Senado, el 4 de abril de dicho año, votó la discusión de la idea de legislar sobre estos proyectos, siendo todos rechazados por 19 votos en contra, 12 a favor y ninguna abstención. Votaron por la afirmativa los Senadores Allende, Cantero, Escalona, Girardi, Gómez, Lagos, Muñoz, Navarro, Pizarro, Quintana, Rincón y Rossi. Votaron por la negativa los Senadores Alvear, Bianchi, Chahuán, Coloma, Espina, García-Huidobro, García R., Larraín F., Larraín, P., Novoa, Orpis, Pérez, Prokurica, Sabag, Uriarte, Von Baer, Walker (Ignacio), Walker (Patricio) y Zaldívar.

II. Consideraciones jurídicas y constitucionales

A. ¿Está prohibido todo tipo de interrupción del embarazo en Chile?

Hizo presente que el ya citado mensaje también señaló lo que sigue:

“La normativa vigente sobre interrupción del embarazo, que la prohíbe sin excepciones, no responde al trato digno que el Estado de Chile debe otorgar a sus ciudadanas en estas situaciones y sitúa a nuestro país como uno de los cuatro en el mundo que lo criminaliza en todas sus modalidades, además de El Vaticano: Chile, Nicaragua, El Salvador y Malta.

Los hechos han demostrado que la prohibición absoluta y la criminalización de toda forma de interrupción del embarazo no han impedido ni impiden su práctica en condiciones de riesgo para la vida y la salud de las mujeres, y, por el contrario, se traducen en una vulneración de sus derechos. Esto representa un problema social del cual debe hacerse cargo cabalmente el Estado.”.

Manifestó que lo que se ha indicado no es del todo correcto, ya que no es efectivo que exista en nuestro medio una prohibición absoluta de interrumpir el embarazo. En efecto:

1) Cuando hablamos de aborto, nos referimos a la interrupción del embarazo, antes de la viabilidad fetal (22 semanas), sea que se produzca por causas naturales o artificiales (aborto espontáneo o provocado).

2) Lo que sanciona el Código Penal en el artículo 342 es “el aborto malicioso” y no cualquier interrupción del embarazo.

Añadió que tal como lo señala la profesora Vivanco: “Esta situación se encuentra regulada por medio del artículo 345 del Código Penal, en los siguientes términos: el que maliciosamente causare un aborto…” De los artículos siguientes, se desprende que se sanciona tanto a quien provoque un aborto, como a la mujer que se someta maliciosamente a él, resultando todas las conductas descritas identificables, a través de la intención maliciosa que consagra la transcripción hecha.”.

A continuación, presentó una serie de antecedentes del Ministerio de Salud que dan cuenta de estas circunstancias:

No se recomienda iniciar tratamiento con HO durante el embarazo, excepto bajo protocolo de tratamiento (solo metformina o glibenclamida).	I
Aquellas mujeres que se embarazan mientras están en tratamiento con metformina debe continuar con el tratamiento hasta la evaluación por especialista.	C
Considerar realizar una cesárea en una mujer con DPG y un peso fetal estimado entre 4.000 y 4.500 g, para evitar complicaciones traumáticas en el parto.	C
En una mujer con DPG considerar la interrupción del embarazo al término de la semana 38, sin una preferencia por la inducción del trabajo de parto o cesárea electiva.	C
En una mujer con DG y sospecha de macrosomía, peso fetal igual o superior a los 4.500 g, el médico obstetra debe aconsejar programar una cesárea electiva a partir de la semana 39.	C
En una mujer con DG con buen control metabólico y sin otras complicaciones e independientemente del tratamiento, la conducta puede ser expectante. En la mayoría de los casos no está indicada la interrupción del embarazo antes de la semana 39.	I
Medir en forma rutinaria la glicemia a todo recién nacido HMD a las 2 horas del nacimiento; en el hijo de madre en tratamiento con insulina y fenotipo de HMD o un RN sintomático hacer el control a la hora de vida.	C
El HMD debe ser alimentado lo antes posible después del nacimiento, idealmente a las 30	

Ministerio de Salud
Gobierno de Chile

Guía Perinatal
2015

Subsecretaría de Salud Pública
División Prevención y Control de Enfermedades
Departamento de Ciclo Vital
Programa Nacional Salud de la Mujer

VIII. MANEJO DEL SINDROME HIPERTENSIVO DEL EMBARAZO

La enfermedad hipertensiva es una de las complicaciones médicas más frecuentes del embara-

Restricción de Crecimiento Fetal Selectivo (RCFs)

El manejo de la RCFs depende de la clasificación del feto afectado:

- **RCFs tipo I:** debido al buen pronóstico, progresión infrecuente y a su nula a escasa secuela neurológica neonatal e infantil, [11,36] el manejo expectante con seguimiento ecográfico semanal o bisemanal en busca de progresión al tipo II ha sido planteado como una buena estrategia. [22] En caso de mantener Doppler normal, mantener embarazo hasta cercano al término.

- **RCFs tipo II:** este grupo se asocia a un deterioro precoz intraútero en aproximadamente el 90% de los casos, [36] con tasas elevadas de mortalidad tanto del feto afectado (29%) como del feto sano (22%). [11] Reporte de casos han demostrado que el deterioro precoz observado requiere frecuentemente interrupción a las 30 semanas. [11,36] Sin embargo, debido a las

7. Manejo de la PE severa

Las mujeres con PE severa < 34 semanas se deben manejar de manera expectante en lo posible e interrumpir a las 34 semanas, o antes si existen situaciones de compromiso materno o fetal severos. **Recomendación A.**

Si la PE severa se presenta después de las 34 semanas, se debe proceder a la interrupción del embarazo. **Recomendación C.**

Se debe realizar profilaxis con sulfato magnesio a todas las mujeres con PE severa para reducir el riesgo de eclampsia. **Recomendación A.**

Existen estudios que concluyen que el manejo expectante es aplicable a cierto grupo de mujeres con PE severa, y que logra la prolongación del embarazo en 7-15 días, además de reducir la morbilidad neonatal.[17] La utilización de sulfato de magnesio en mujeres con PE severa reduce el riesgo de desarrollar eclampsia, así como reducir el riesgo de DPPNI. [18]

abo
tera

ley
fine
inte
Afir
artí

Enfatizó que en 1989 se reformula este artículo, principalmente para evitar toda confusión en su interpretación y así evitar abusos resultantes de dicha confusión, como los que hubo en los años 70. En este sentido, sostuvo que la primera causal carece de todo fundamento jurídico para ser incorporada en la legislación, por lo que puede estimarse que no hay una necesidad jurídica.

Agregó que la norma actual del ya citado artículo 119, deja claro que lo que se prohíbe es la acción directa que produzca un aborto y no así la “indirecta”, cuya consecuencia sea inevitablemente la muerte del feto.

> El señor MINISTRO DE SALUD PUBLICA.- Lo enfocaré de la siguiente manera, señor General.
> En este momento —desde 1931 hasta la fecha—, basta que, en forma documentada, dos médicos de cualquier especialidad se pongan de acuerdo en practicarle un aborto a una persona y, conforme al artículo 119 actualmente vigente, eso es suficiente para realizar un aborto terapéutico.
> Tal como quedaría ahora el Código Sanitario, no se permite hacer un aborto en forma directa, pero el texto dice "acción directa destinada a provocar el aborto". Sin embargo, cualquier acción indirecta, por ejemplo, el caso de una señora con una insuficiencia renal que se embaraza y que, por el hecho de someterla a diálisis en el riñón artificial, aborta, eso, a mi juicio, no constituiría delito, pues ahí se está aplicando un tratamiento para salvar a la madre que, indirectamente, tuvo un efecto de aborto.
> O sea, indudablemente, abortos seguirán existiendo, pero, en mi opinión, la acción directa no será posible.

B. La primera causal es ambigua y sería inconstitucional

Señaló que la primera causal contemplada por el proyecto tiene una redacción muy ambigua, al decir: “mediando la voluntad de la mujer, un médico cirujano se encontrará autorizado para interrumpir el embarazo, en los términos regulados por los artículos siguientes, cuando:

1) La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida”.

Enfatizó que la causal así redactada no distingue si para conseguir la interrupción del embarazo se acciona contra el feto o con algún método cuya consecuencia no querida sea la del aborto.

En este sentido, reflexionó que si la acción es directa, aunque se encuentre en riesgo la vida de la madre no cumpliría el estándar de constitucionalidad, ya que la Constitución asegura en el artículo 19, Nº 1, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica y en su inciso segundo, la Carta Fundamental se ocupa de la protección de la vida del que está por nacer. En este sentido, la forma verbal “proteger” obliga al legislador a amparar, defender o favorecer la criatura concebida pero no nacida.

Sostuvo que si la interrupción implica atentar directamente contra la vida del feto, aunque se encuentre en riesgo la vida de la madre, esa norma implica desproteger el mandato de protección.

Distinto es, como se dijo, una acción que no se aplica directamente contra el feto pero cuyo resultado final es la muerte de éste.

Destacó que lo anterior se encuentra reforzado por el hecho de que el Tribunal Constitucional ha declarado la protección constitucional del *nasciturus* a propósito del fallo de la píldora del día después (2008), en el cual señaló: “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.”. (STC 740).

De esta forma, manifestó que no es conciliable con el texto constitucional una redacción que con ese margen de ambigüedad puede dejar abierta la puerta para, directamente, eliminar una persona que goza de titularidad del derecho a la vida.

Recordó que sobre el mismo punto, el Tribunal Constitucional ha señalado: “La doctrina constitucional chilena se ha inclinado mayoritariamente por sostener, a diferencia de lo sustentado por profesores de otras disciplinas del derecho, que la protección constitucional de la persona se inicia desde el momento mismo de la concepción.”. (STC 740, c 50).

“La CPR regula la vida desde antes del nacimiento y durante la existencia de la persona, la que termina con su muerte natural. (STC 220, c. 6).”.

C. Las causales segunda y tercera también serían inconstitucionales

Connotó que la Corte Suprema ha dispuesto: “El que está por nacer –cualquiera que sea la etapa de su desarrollo prenatal, pues la norma constitucional no distingue– tiene derecho a la vida, es decir, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación.”.

En este sentido, y a la luz del mandato de no discriminación, sostuvo que el proyecto de ley introduce una categoría que haría al titular “no acreedor” del derecho la vida. Recalcó que habría “*nasciturus* con derecho a la vida” y otros “sin derecho a la vida”, lo que se trasunta en una desigualdad esencial. El legislador introduciría “categorías de personas”, lo que es atentatorio contra el principio de igualdad esencial entre éstas.

Aseveró que el artículo 19, Nº 26, de la Carta Fundamental es claro en señalar que los preceptos legales que regulen las garantías constitucionales no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, requisitos o tributos que impidan su libre ejercicio.

En este caso, precisó que se introduciría una categoría de personas que, teniendo la protección constitucional del derecho a la vida, no podrían hacer goce efectivo del mismo, lo que sin duda vulnera el artículo 19 de la Constitución, en sus numerales 1, 2 y 26.

Recalcó que ello es más grave aún si se consideran los posibles errores de diagnóstico médico que puede haber con respecto al feto y, además, porque este proyecto no permite regular objetivamente cuáles son las patologías incompatibles con la vida (como lo hace, por ejemplo, la ley conocida como Ricarte Soto), entregando a la arbitrariedad del médico señalar qué categoría cabe en la causal y cuál no.

Añadió que en el caso de la violación, los argumentos son similares. La titularidad del derecho a la vida, ya reconocido por la Corte Suprema al que está por nacer, introduce una categoría de interrupción del embarazo absolutamente incompatible con el deber constitucional de darle protección.

En este caso, destacó que no hay razón de salud pública que permita justificar lo arbitrario que es privar a una persona del derecho a la vida por la circunstancia en que fue concebida (artículo 19, Nº 26).

Manifestó que esta noción también incluiría el concepto de “categoría de personas”, lo cual debe ser rechazado.

D. Otras inconstitucionalidades

En primer lugar, sostuvo que la determinación de un lapso de meses para proceder a la interrupción del embarazo resulta absolutamente arbitraria en relación a la noción que implica “rechazar el concepto de categorías de personas”.

En segundo lugar, respecto a la objeción de conciencia de personas jurídicas, indicó que no hay razón que permita justificar constitucionalmente que las instituciones no puedan definir que no practicarán abortos. De lo contrario, añadió, se atenta contra la idea transmitida hacia la opinión pública en cuanto a que “este proyecto no obliga a nadie a hacerse un aborto”. Pues bien, como donde hay una misma razón tiene que existir una misma disposición, debe también entenderse que “este proyecto no puede obligar a nadie a practicarlo”.

Finalmente, expresó que no parece constitucionalmente aceptable la distinción entre profesionales que pueden hacer objeción de conciencia y personas que no pueden formularla.

E. ¿Es un proyecto de despenalización o de legalización?

Consignó que la iniciativa dispone: “La interrupción del embarazo, que el proyecto propone despenalizar en los tres casos indicados, debe consagrarse como una legítima prestación de salud. Si no se asegura que las mujeres puedan recurrir a establecimientos de salud, esta regulación será irrelevante. Más aún, se perpetuarían las desigualdades entre las mujeres a partir de su condición económica y social.”.

Concluyó su intervención señalando que dado que el Estado no puede otorgar prestaciones ilegales en salud, para poder cumplir con este precepto, este proyecto no solo despenaliza, sino que hace legal una acción de salud positiva, lo que sin duda es una legalización.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya, ofreció la palabra a los profesores invitados para realizar comentarios adicionales.

El profesor señor Hernández señaló que nadie está poniendo en duda la gravedad del aborto y la necesidad de que sea reprimido, destacando que la interrupción del embarazo es universalmente un delito. Añadió que la iniciativa en estudio trata situaciones en que es la mujer embarazada la que se encuentra en una situación de conflicto y no desea seguir adelante con su estado de gravidez.

Sostuvo que ella es la única que debe soportar, con efectos evidentes en su salud, el crecimiento de otro ser dentro de su cuerpo. Hizo presente, en consecuencia, que el camino que se debe seguir consiste en reconocer que estamos en presencia de un conflicto, que no radica en una cuestión respecto al carácter de persona del que está por nacer, o de si es o no titular de derechos fundamentales. Subrayó que si se acepta el carácter de persona del nonato, la situación sigue siendo la misma. La pregunta que debe responderse, añadió, es por qué ha de imponérsele a una persona que ponga a disposición su cuerpo para el bienestar de otra. Expresó que lo anterior tiene límites, que son el peligro de la vida o la salud de la madre; el caso del embarazo inviable y aquel que deriva de una interacción sexual forzada.

Reiteró que el problema no consiste en determinar el estatus de persona del que está por nacer ni su titularidad sobre derechos fundamentales, sino que simplemente radica en hacerse cargo de una

situación especial de conflicto en donde la imposición del deber de tolerancia del embarazo es inaceptable.

El profesor señor Pavez manifestó que no estamos ante un dilema de salud pública, sino que ante uno de índole moral, añadiendo que la categorización de persona no responde a una caricatura. Agregó que el artículo 19, número 2, de nuestra Carta Fundamental mandata al legislador para no incurrir en diferencias arbitrarias. Entonces se preguntó cómo ese criterio puede soportar la distinción entre dos personas, a saber, la madre y el *nasciturus*. Se mostró contrario a que la primera sea titular del derecho a la vida y el nonato carezca del mencionado derecho.

Enfatizó que ser madre no puede representar un límite imposible de sostener, porque el producto de la concepción requiere como condición necesaria para nacer, la existencia de la madre. Recalcó que debe haber un límite y éste tendrá que ser tolerado en determinadas circunstancias, porque el ordenamiento jurídico actual permite la interrupción del embarazo.

La profesora señora Ossandón hizo presente que el profesor Hernández ha dicho que el hecho de no aceptar la legalización del aborto parece negar el conflicto que puede existir entre los intereses de la madre y los de la criatura que está por nacer. Rechazó dicho punto, arguyendo que en el transcurso de la existencia es posible verse enfrentado a muchos conflictos entre distintos derechos constitucionales. Añadió que el hecho de que exista, en general, para cierto tipo de conflictos una solución en favor de uno de ellos, no significa desconocer el conflicto, sino que darle primacía a uno de esos derechos. Connotó que en el caso del aborto, el problema es que frente a los intereses de la mujer, la respuesta de la interrupción del embarazo es radical respecto de los derechos e intereses del nonato. Por ello, opinó que este tema no puede abordarse únicamente desde el punto de vista del deber de tolerar o no el embarazo, porque ello conllevaría permitir dar muerte a otro.

Manifestó, además, que no es indiferente si el nonato es o no persona. Indicó que si se hace el ejercicio de poner en la balanza los mencionados conflictos de intereses, enfrentando los de una mujer que quedó embarazada en las peores de las circunstancias frente a la vida de un hijo inocente ya nacido, en ningún caso se instará a la mujer a darle muerte porque sus intereses preponderan por sobre los de aquél. Ese punto, precisó, es el que siempre se olvida. Concluyó preguntándose cuándo un interés puede llegar a ser preponderante como para permitir que por él se pueda dar muerte a otro, destacando que en eso consiste el aborto y no en interrumpir el embarazo.

Sesión del día 14 de diciembre de 2016

En esta oportunidad, **la Comisión** escuchó las exposiciones de los profesores señores Hernán Corral, Luis Villavicencio y Arturo Fermandois.

En primer lugar, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra **al profesor de Derecho Civil de la Universidad de Los Andes, señor Hernán Corral.**

El señor Corral agradeció la invitación de la Comisión e hizo presente que enfocaría su intervención en el área jurídica que le compete como profesor de Derecho Civil y que intentaría mostrar algunos aspectos del proyecto que parecen novedosos.

Señaló que su objetivo principal sería abordar el impacto que podría generar en el Derecho Civil el proyecto de ley tal como está redactado según fuera aprobado por la Comisión de Salud del Senado, entendida esta rama del Derecho en su visión moderna de Derecho común centrado en el valor indisponible e inviolable de la persona humana.

Sin embargo, estimó que para discernir claramente sobre dicha repercusión es necesario aclarar en forma previa cuál es la naturaleza o alcance jurídico de esta iniciativa, tras lo cual reseñará los dos grandes efectos que el proyecto así concebido tendrá en el ámbito del Derecho Civil.

I. Finalidad y alcance del proyecto de ley

Manifestó que el título del proyecto parece dar a entender que estamos ante un proyecto cuya finalidad esencial es de carácter penal, pues dice que se trata de regular "la despenalización" de la "interrupción voluntaria del embarazo", esto es, del aborto.

Connotó que la despenalización puede tener al menos tres sentidos:

1º) Despenalización propiamente tal: en estos casos se renuncia, por política criminal, a sancionar penalmente una conducta, pero que continúa siendo ilícita y digna de reproche. Ejemplo de ello es la despenalización del adulterio y la de ilícitos anticompetitivos (colusión), si bien estos últimos han sido nuevamente penalizados por una ley reciente.

2º) Legalización: en este supuesto, el legislador, además de suprimir la sanción penal, pasa a considerar la conducta lícita o al menos indiferente para el Derecho. Sostuvo que ello es lo que sucedió, por ejemplo, con la despenalización de la sodomía consentida entre adultos.

3º) Institucionalización como derecho: en este caso el vuelco es mayor, pues lo que antes era sancionado con una pena, ahora no solo es lícito, sino que pasa a constituir un derecho que otorga facultades a su titular para exigir de otros el realizar ciertas acciones que contribuyan a su satisfacción.

Se preguntó cuál de estas tres alternativas se puede aplicar al proyecto en estudio, afirmando que claramente es la tercera. Expresó que para constatarlo hay razones formales y de fondo:

a) Formales: las nuevas reglas que se pretende aprobar no se incluyen en el Código Penal, sino en el Código Sanitario, de modo que hay un claro mensaje de que el aborto pasará a ser considerado una prestación de salud en favor de la mujer embarazada que lo requiera.

b) De fondo: es manifiesto que en las tres causales no hay una mera renuncia a la sanción penal, sino una consagración de facultades para que la mujer embarazada pueda exigir que se le practique un aborto por parte de ciertas personas que estarán obligadas a realizar dicha prestación. La misma norma que pretende reconocer una objeción de conciencia para los médicos – el artículo 119 ter-, es prueba de que los profesionales de la salud estarán obligados a practicar el aborto. Observó que si no existiera esta obligación, no tendría sentido la objeción de conciencia.

Reconoció que en la letra del proyecto se consagra un derecho a abortar restringido a tres causales. Sostuvo, sin embargo, que el tercer supuesto de violación está concebido para que en la práctica funcione como aborto a libre requerimiento ya que no parece posible que haya una verificación de que efectivamente el embarazo se produjo como consecuencia de un abuso sexual. Por eso, añadió, es que es ésta la única causal que tiene un plazo de gestación como límite. Sostuvo que, en el fondo, aquí el llamado "modelo de indicaciones" se transforma en un "modelo de plazos".

Aclarada la naturaleza del proyecto, abordó el impacto de la iniciativa en el Derecho Civil.

II. Influencia en el Derecho Civil

Advirtió que las repercusiones que sufrirá el Derecho Civil derivadas de la eventual aprobación de este proyecto de ley son múltiples, pero las esenciales pueden agruparse en dos grandes categorías: la generación de una fractura en el estatus del concebido (1) y la introducción de nuevas formas de responsabilidad civil que pasan a considerar el tener un hijo o el haber nacido como perjuicio resarcible (2).

1. Fractura en el estatus del ser humano concebido

Señaló que no entrará en la problemática de si para el Derecho Civil el concebido es o no persona legal, aunque la definición del artículo 55 del mismo de persona natural como "todo individuo de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición" bastaría para afirmarlo sin mayores dudas y, de hecho, así lo asevera la doctrina civil más actual (Gonzalo Figueroa Yáñez, Derecho Civil de la persona. Del genoma al nacimiento, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 150 y ss., Hernán Larraín Ríos, Lecciones de Derecho Civil, Editorial Jurídica de Chile, 1994, pp. 132 y ss., Ian Henríquez, La regla de la ventaja para el concebido en el Derecho Civil chileno, Legal Publishing, 2011, pp. 164 y ss).

Indicó que, además, una lectura constitucional de las normas civiles siguiendo el proceso de constitucionalización del derecho privado, debería llevar a la misma conclusión. Citó a quien se estima el mejor constitucionalista del siglo XX, don Alejandro Silva Bascuñán, quien señaló: "creemos... que desde ese instante [fecundación] el óvulo es persona y, por lo tanto, sujeto de los derechos, igualdades, libertades e inviolabilidades que la Carta asegura a todo ser racional... Constituye el más esencial de esos derechos dar la seguridad de que ese ser en gestación podrá seguir desarrollándose en el seno materno hasta quedar en condiciones de nacer" (Tratado de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, 2006, t. XI, p. 81). Agregó que la inmensa mayoría de los constitucionalistas piensa que el inciso segundo del número 1 del artículo 19 de la Constitución no debe considerarse como una minusvaloración del derecho a la vida de la persona por nacer, sino como un fortalecimiento de ese derecho, cuya protección es un mandato al legislador que se justifica por la especial vulnerabilidad en la que el ser humano en gestación se encuentra.

Manifestó que lo que es indudable es que estamos ante un individuo de la especie humana que no es una mera cosa ni un órgano o apéndice corporal de la madre, que tiene su dignidad autónoma e individual y sus propios derechos o intereses.

Recalcó que lo anterior es lo que se deduce de numerosas disposiciones de nuestra legislación civil:

1º) El artículo 75 del Código Civil señala que la ley protege la vida del que está por nacer y añade que el juez debe tomar, de oficio o a petición de cualquier persona, las medidas necesarias para proteger su existencia cuando crea que de algún modo peligra.

2º) Este ser humano tiene estado civil: es hijo (artículo 181 CC), y por tanto puede ser reconocido incluso antes del

nacimiento, según lo ha aceptado la doctrina. También pueden comenzarse los trámites para su adopción (artículo 10 ley Nº 19.620). Los padres tienen sobre él la patria potestad con la representación legal que le es propia (artículo 243 CC). En caso de que no haya padres capaces de ejercer patria potestad, se le debe nombrar un curador de bienes (artículo 485 CC).

3º) Como hijo tiene derecho a demandar alimentos (artículo 1°, inciso cuarto, ley Nº 14.908).

4º) Puede también heredar (artículo 962 CC) y adquirir derechos patrimoniales, que se entienden adquiridos incluso antes del nacimiento en la fecha en la que le fueron deferidos (artículo 77 CC).

5º) Es considerado paciente para efectos de realizar operaciones quirúrgicas en útero y así lo han reconocido los tribunales, obligando a financiar esas intervenciones a las Isapres (Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de mayo de 2014, rol Nº 143.161-2013).

6º) La ley del genoma humano lo considera digno de protección en su diversidad e identidad genética desde el mismo momento de la concepción (artículo 1º ley Nº 20.120).

7º) En caso de muerte, se ordena la sepultura de sus restos en cementerios y el funcionario del Registro Civil debe otorgar un pase de sepultación (artículo 42 Ley de Registro Civil).

8º) Incluso se ha considerado víctima de violación de derechos humanos y causante de los beneficios de la ley Nº 19.123 al nonato cuya gestación es interrumpida por la tortura o asesinato de la madre (Dictamen de la Contraloría General de la República, Nº 25.403, de 21 de agosto de 1995).

Destacó que toda esta construcción jurídica tutelar del concebido y sus intereses sufrirá un quiebre radical si se aprueba el proyecto de ley en actual discusión. Advirtió que hay que fijarse en que el texto normativo proyectado ya no habla del concebido o del que está por nacer, ni de hijo ni de ser humano, sino que utiliza expresiones meramente biológicas como "embrión" o "feto". Además, al autorizar a médicos para realizar las maniobras propias del aborto, que consisten básicamente en el desmembramiento de la criatura y la aspiración de sus restos, se está reduciendo la condición jurídica de este ser humano a la de una cosa de propiedad de la madre, la que pasa a tener una facultad de disposición en su faceta de poder destruirla materialmente.

Reseñó que se produce una especie de retorno a aquellas épocas históricas que juzgamos bárbaras, en que se atribuía al

padre el poder de dar muerte a un hijo o cuando se mandaba despeñar a los niños que nacían con alguna deficiencia física.

Añadió que no se trata de que la ley de aborto sea solo una excepción en el tratamiento jurídico del infante no nacido, que operará como ley especial dejando intacto el resto de las normas tutelares del Derecho Civil. Insistió en que no hay aquí una mera despenalización, sino la consagración legal de un derecho de la madre a exigir la destrucción de la criatura que está en gestación. Esta excepción no confirma la regla de la inviolabilidad de la dignidad de todo ser humano, sino que la quiebra, produciendo una verdadera fisión en el ordenamiento jurídico que pasará a contener visiones discordantes y contradictorias sobre el tratamiento jurídico que merece todo ser humano.

2. Indemnización por mala praxis médica: el "perjuicio de nacer"

Sostuvo que además de la fractura del ordenamiento jurídico que señalara, debe tenerse en cuenta que al configurarse el aborto como derecho de la mujer, toda conducta que pueda perturbar o impedir su libre ejercicio pasará a ser considerada ilícita, como una lesión o vulneración de un derecho que, si produce daño patrimonial o extrapatrimonial, hará surgir responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual.

Hizo presente que se comprende, en consecuencia, que tanto en Estados Unidos como en Europa, en todos los países en los que se ha legalizado el aborto hayan proliferado casos judiciales en los que la madre y a veces también el padre, demandan al médico o al establecimiento de salud por no haber realizado las prácticas médicas adecuadas que le hubieran podido permitir a la mujer ejercer su derecho a abortar. Manifestó que el daño que se demanda son los gastos y el padecimiento moral de tener un hijo que podía haberse descartado mediante el ejercicio del derecho al aborto. Consignó que esto es especialmente sensible cuando se trata de malformaciones congénitas que causan discapacidades en el niño nacido, casos que se suelen denominar en la jerga académica como *wrongfull birth* o nacimiento erróneo.

Pero hay más, precisó, pues también se comienzan a dar casos de *wrongfull life* o vida errónea, en los que es el mismo nacido el que reclama daños por el hecho de haber llegado a la existencia con alguna incapacidad por no habérsele permitido a su madre que lo abortara. Reseñó que la Corte de Casación francesa en el llamado "*affaire Perruche"* (sentencia de 17 de noviembre de 2000), concedió indemnización a un discapacitado por el daño de estar vivo. Connotó que lo anterior produjo un estremecimiento en toda Francia y protestas de organizaciones en favor de la inclusión de personas en situación de discapacidad, ya que percibieron que lo que la Corte estaba diciendo

oficialmente era que la vida de estos discapacitados no tenía sentido y era mejor que no hubieran nacido. Tanto fue el escándalo que el Gobierno debió enviar un proyecto de ley para impedir que la vida sea objeto de reparación en estos casos (ley Nº 303, de 4 de marzo de 2002).

Señaló que existen indicios de que esta litigación, sobre todo los casos de *wrongfull birth*, aparecerán en Chile si se dicta una ley de aborto como la propuesta. Subrayó que nuestros tribunales ya han otorgado indemnizaciones a la mujer por la falla de ligaduras de trompas que han dado lugar al nacimiento de un niño no deseado (Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 2 de mayo de 2012, rol Nº 373-11).

Expresó que la aparición de esta nueva forma de responsabilidad civil genera una externalidad negativa en cuanto a la actitud que pueden asumir los médicos frente a una situación en la que podría presentarse un supuesto de aborto. Como se sabe, los diagnósticos de inviabilidad del concebido son muy inciertos y un médico que sabe que de no acertar en su diagnóstico se podrá ver enfrentado a una millonaria demanda de indemnización de perjuicios por parte de la madre, en la duda preferirá insistir en la posibilidad del aborto. Si éste se produce, será muy difícil sino imposible acreditar que en realidad el diagnóstico de inviabilidad era equivocado.

Indicó que algo similar puede ocurrir con las demás causales. La amenaza de una demanda por mala *praxis* médica tendrá influencia en los médicos y en los establecimientos de salud, lo que puede hacer que, en definitiva, la decisión no sea propiamente de la mujer, sino de los profesionales que la atienden, sobre todo considerando la extrema vulnerabilidad en que ella se encuentra en estos casos.

III. Conclusiones

Advirtió que el proyecto tal como se encuentra en la actualidad resulta totalmente inconveniente desde punto de vista jurídico-civil, ya que introducirá una fractura insalvable entre el resto del ordenamiento, que considera al concebido como un ser humano con dignidad y derechos. Esta ley lo tratará como una cosa de propiedad de la madre.

Destacó que al consagrarse el aborto como derecho, aunque esté teóricamente limitado por ahora a tres causales, se abrirá la posibilidad a juicios civiles indemnizatorios en contra de los médicos y sus establecimientos cuando, a juicio de los demandantes, no se haya dado la oportunidad de abortar a un hijo.

Concluyó su intervención manifestando que tal eventualidad -siempre presente- influirá en los profesionales de la salud que

terminarán prefiriendo practicar el aborto cada vez que haya indicios o dudas sobre la concurrencia de alguna causal e induciendo a las mujeres gestantes para que consientan en ello.

A continuación, hizo uso de la palabra **el profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valparaíso, señor Luis Villavicencio.**

El señor Villavicencio agradeció la invitación para exponer ante la Comisión y señaló que en su presentación intentaría ofrecer un punto de vista distinto a los que han sido planteados en las sesiones realizadas hasta ahora, agregando que el proyecto en discusión supone la despenalización del aborto en tres circunstancias extremadamente excepcionales.

A continuación, señaló que se referiría brevemente a algunos puntos planteados por el profesor Corral. Aseveró que en materia penal no puede haber despenalización en un sentido estricto por aplicación de los principios de legalidad y tipicidad y por la regla de clausura. Indicó que todas las conductas que no están sancionadas por el derecho están autorizadas y, por lo tanto, la despenalización implica la legalización de aquellas que dejaron de ser castigadas. Expresó, a continuación, que la iniciativa contempla una prestación sanitaria. Por ello, por razones médicas y de acceso de justicia distributiva a la misma en condiciones de equidad e igualdad, es indispensable que se pueda acceder a las medidas necesarias para la interrupción del embarazo en las hipótesis que el proyecto contempla.

Sostuvo que no puede llamar la atención que la despenalización suponga la legalización de la conducta antes prohibida, añadiendo que se debe asegurar la calidad de la ya referida prestación sanitaria, porque, de lo contrario, se estarían introduciendo, otra vez, razones de clase que impedirían a las personas de escasos recursos acceder a dicha prestación.

En relación al impacto que la despenalización puede causar en el Derecho Civil, informó que podría decirse mucho y que, esta ocasión, solamente haría presente que el Código del ramo entró en vigencia en tiempos en que las mujeres prácticamente no eran personas, no tenían derecho a voto y eran virtualmente propiedad del marido. Por lo anterior, consideró que resulta anacrónico realizar el paralelo sin más. En todo caso, connotó que Código Civil es una ley, que naturalmente puede ser modificada por otra ley. Consideró que la dictación de una ley como la que se estudia provocará una cierta tensión con la normativa civil vigente, lo que no es inusual, pero que en ningún caso habrá un quiebre.

Expresó, a continuación, que el principal desafío que tiene la Comisión es determinar si la iniciativa en estudio podría vulnerar preceptos constitucionales. Precisó que defendería dos tesis: la primera plantea que cualquier interpretación sistemática de la Constitución nos debe llevar a la conclusión de que el proyecto no solo es compatible con la Constitución, sino que, en rigor, es constitucionalmente obligatorio. Y la segunda sostiene que este tipo de debate muestra una peculiaridad del razonamiento constitucional como un sucedáneo del razonamiento moral, en el que las últimas razones que gobiernan nuestras deliberaciones prácticas han de estar sometidas al ideal de la razón pública y a la ética de la responsabilidad, especialmente cuando operamos como legisladores y están en juego derechos fundamentales o principios constitucionales.

I.- Primera tesis: el proyecto de despenalización parcial del aborto es compatible con la Constitución

Sostuvo que el fundamento de un eventual requerimiento de inconstitucionalidad contra el proyecto descansa en el inciso segundo del artículo 19, N° 1, de la Constitución que dispone: "La ley protege la vida del que está por nacer", luego de asegurar el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica a las personas. Recalcó que una correcta interpretación de la Carta Fundamental nos lleva a la conclusión de que el enunciado en que se fundaría la petición es, en verdad, una regla que justifica la permisión constitucional del aborto.

En primer lugar, indicó que si armonizamos el artículo primero de la Constitución ("Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos") con los preceptos mencionados, nos damos cuenta que el constituyente distingue entre la protección aplicable a las personas y al *nasciturus*. Añadió que no puede comprenderse la relación entre estos enunciados de otra forma, pues cualquiera de las otras posibilidades nos lleva a resultados insensatos: por una parte, si el inciso segundo del artículo 19 N° 1 fuera nada más una repetición entusiasta del primer inciso, ello infringiría un principio hermenéutico básico que nos manda preferir aquella interpretación que le da sentido a una regla y no aquella que se lo quita; por otra parte, la mera repetición no puede comprenderse como un sentido plausible del precepto, ya que la regla sería superflua. Y, en fin, si consideramos que la disposición tiene como finalidad proteger el derecho a la vida del no nacido, ello nos llevaría al absurdo de que la Constitución protege privilegiadamente la vida de los no nacidos en desmedro de las personas, pues en ninguna parte de ese numeral se ordena al legislador proteger la vida de las personas nacidas.

Remarcó que establecido que no hay otro modo de interpretar correctamente la expresión "La ley protege la vida del que está por nacer" que concluir que la Constitución otorga una protección

diferenciada a las personas y al nonato y que debe dársele sentido a esa protección.

Estimó que la única explicación aceptable y razonable es sostener que el inciso primero protege de manera individualizada y concreta la vida de las personas nacidas, en tanto que el inciso segundo, en cambio, ampara un bien jurídico abstracto que sería la vida en gestación.

Añadió que la redacción del precepto no hace más que ratificar este argumento: no se protege el derecho a la vida del feto, sino la vida como valor general; no se resguarda el derecho a la vida de cada feto, sino la vida del que está por nacer; no se salvaguarda la vida como un continuo desde la fecundación, sino solo de aquel que está próximo a nacer. Pero, además de lo anterior, la expresión "proteger" admite múltiples modalidades. Por ejemplo, se "protege" la vida del que está por nacer cuando la ley establece reglas que amparan la maternidad como son los permisos prenatales; se "protege" también la vida del que está por nacer cuando la ley promueve la adopción de políticas sanitarias que garanticen partos seguros. En esa misma línea, sostuvo que no es inconsistente con la Carta Fundamental una normativa que autoriza el aborto bajo ciertas causales, por la sencilla razón de que en todas las hipótesis prohibidas el legislador está protegiendo la vida de los que están por nacer. Afirmó que constituye un error interpretativo severo hacer equivalente el deber de protección de la vida del no nacido con la prohibición total del aborto.

Sostuvo que queda todavía otro argumento para justificar que la Constitución ha sido deferente con el legislador respecto del deber de protección. Manifestó que el constituyente no se impuso el deber de proteger la vida del que está por nacer. En vez de eso, consideró adecuado mandatar al legislador para que éste decidiera la más adecuada forma de resguardo que fuera consistente con los demás bienes jurídicos y derechos fundamentales en juego, en especial los derechos de la mujer como persona libre e igual en dignidad y derechos a las demás personas nacidas. Subrayó que no puede obviarse, entonces, que es la propia Constitución la que ha delegado al Poder Legislativo la determinación, con un amplio margen de apreciación, de la forma y oportunidad de protección.

En segundo lugar, sostuvo que al interpretar los preceptos constitucionales no podemos obviar nuestro deber de aplicar los tratados internacionales de derechos humanos conforme a lo previsto en el artículo 5° de la Constitución. En ese sentido, afirmó que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que resolvió el caso Artavia Murillo el año 2012 es especialmente relevante, pues permitió a dicha Corte fijar el sentido y alcance del artículo 4.1. de la citada Convención, que establece el derecho a la vida.

Agregó que en dicho fallo -que es vinculante pues el control de convencionalidad incluye la jurisprudencia de los tribunales que interpretan los tratados- la Corte fue extremadamente clara al desarrollar una argumentación que muestra la compatibilidad entre las leyes que autorizan el aborto y el artículo 4.1. de la Convención. Destacó que la Corte reconoció el derecho a la autonomía reproductiva de la mujer como una especificación del derecho a la autodeterminación; sentenció que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada por sobre el interés de proteger la vida en formación; estableció que la vida desde la concepción y antes del nacimiento es un derecho limitable en la medida en que entre en conflicto con otros derechos, en especial derechos de autonomía de la mujer, y, por último, indicó que en base al principio de interpretación más favorable, es inadmisible la protección absoluta de la vida del no nacido.

En tercer lugar, manifestó que tampoco pueden obviarse, de conformidad a una interpretación evolutiva de la Carta Fundamental, algunas cuestiones muy evidentes: el derecho a interrumpir el embarazo es ampliamente aceptado en la comunidad internacional; las más importantes organizaciones internacionales de promoción y protección de los derechos humanos apoyan la despenalización; la Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado un caso de tortura la prohibición del aborto en caso de violación (Aydin vs. Turquía); los países latinoamericanos han ido despenalizando progresivamente el aborto, ya sea mediante fallos constitucionales como ha sucedido en Colombia, Argentina y Bolivia, o mediante cambios legislativos como ocurrió en Uruguay y México D.F., y, aun aceptando que el *nasciturus* tiene derecho a la vida, la despenalización del aborto en los tres casos excepcionales que indica el proyecto es consistente con un principio universal de interpretación jurídica que prohíbe la imposición -menos por la vía penal- de comportamientos heroicos.

Para finalizar este apartado, hizo presente que la penalización total del aborto implica la preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego y el consiguiente sacrificio de los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que es inconstitucional puesto que se desconoce su dignidad. Recalcó que lo que debe hacer el legislador -si quiere honrar la Constitución a la que está sometido- es resolver que no cabe reproche de constitucionalidad alguno contra un proyecto de ley que despenaliza el aborto en tres causales porque es una opción no excluida por el constituyente. Muy por el contrario, declaró que en caso que este proyecto fuese declarado inconstitucional, el Estado chileno se expone muy probablemente a un fallo adverso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por no adecuar la legislación interna al sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aseveró que el proyecto de despenalización es, entonces, una oportunidad y no una amenaza para la debida protección y promoción de los derechos fundamentales en nuestro país.

Segunda tesis: el ideal de la razón pública, la ética de la responsabilidad y el valor sagrado de la vida

Consignó que el debate sobre el aborto muestra con nitidez una peculiaridad del debate jurídico-legislativo cuando están en juego, especialmente, principios y derechos constitucionales. Añadió que esa particularidad es la convergencia parcial entre las razones jurídicas y morales, la que no debe sorprendernos pues el razonamiento jurídico-legal es, apoyándose en Alexy, un caso especial del razonamiento ético orientado a resolver problemas prácticos. Sostuvo que cuando los legisladores deliberan, por ejemplo, en torno a qué obligaciones supone el derecho a la vida o qué implica desde el punto de vista constitucional el principio del libre desarrollo de la personalidad, de la autonomía o de la igualdad, introducen criterios discursivos de naturaleza ética que ponderan valores y bienes.

Connotó que esa deliberación jurídico-legislativa se diferencia del discurso ético en cuanto se encuentra institucionalizada y sujeta a las restricciones propias de un Estado democrático. Lo anterior supone que debe esperarse de nuestros Parlamentarios que en sus debates y votaciones satisfagan las constricciones de lo que Rawls llama el ideal de la razón pública, es decir, aquel ámbito en el que lo que vale como razón para mí, debe valer también para los demás y viceversa. Lanzados en un mundo en el que nos encontramos divididos por profundas diferencias respecto de nuestras convicciones morales, muchas de ellas irreconciliables, la sensata necesidad de alcanzar los beneficios de la cooperación social nos lleva a escindir las razones que valen para mí de las que pueden valer para todos, incluso para aquellos que piensan muy distinto.

Enfatizó que en el caso del aborto es posible sostener que la vida comienza desde la concepción y, al mismo tiempo, que es irrazonable imponer esta convicción a otros.

Hizo presente que la clave es percatarse de que lo irrazonable no es la convicción misma, sino su imposición. Tal como plantea muy bien Seleme, un filósofo moral católico dicho sea de paso, lo que tiene que ser verdadero para que exista una contradicción moral es el precepto que sostiene que «es deber de cualquier católico hacer que los demás cumplan, aunque sea obligados por la coacción estatal, con las exigencias que su doctrina prescribe», no simplemente que «la vida comienza desde la concepción y, por lo tanto, no se debe abortar». Agregó que solo en el primer caso un católico que no impusiera a otros su convicción respecto al aborto estaría contraviniendo un precepto de su religión. Indicó que también lo estaría contraviniendo, por ejemplo, si no exigiera que todos sus conciudadanos asistan los domingos a sus oficios religiosos o que profesen que Cristo es el hijo de Dios. Se preguntó por qué si esto último parece para cualquier católico a todas luces irrazonable, no deberíamos también

considerar irrazonable imponer a través del derecho penal la convicción moral de la que vida es moralmente significativa desde la fecundación.

Precisó que el aborto es un problema de salud pública que las autoridades no pueden obviar pues es la vida y salud de las mujeres lo que está en juego y es esa la razón de que casi todos los países del mundo tengan despenalizado el aborto, al menos en ciertos casos.

Expresó que las encuestas de opinión -todas ellas, incluso la del Centro de Estudios Públicos y la encuesta nacional bicentenario de la Pontificia Universidad Católica de Chile- arrojan un apoyo abrumador (alrededor del 70%) a la despenalización del aborto en las tres causales incorporadas en el proyecto. Así, por ejemplo, la Encuesta CEP de julio de 2014 indica que un 72% de las personas está de acuerdo con la despenalización del aborto en el caso de peligro para la vida de la madre, un 71% en el caso que el feto sea inviable y un 70% en el caso de violación. Las encuestas nacionales UDP 2014 y 2015 destacan, respectivamente, un apoyo a la indicación terapéutica de un 70% y 71,7%, a la de inviabilidad fetal de un 67,8% y 68,7% y a la de violación, un 61,9% y 64,2%. La encuesta Adimark de junio 2014, muestra un apoyo general al proyecto del 71%. En fin, la encuesta Plaza Pública-Cadem de 2016, arrojó que el proyecto consigue un mayoritario apoyo del 69%. Divididas por causales, el apoyo es sistemáticamente alto considerando siete encuestas realizadas por esta entidad desde 2013: la indicación terapéutica nunca ha bajado del 74% de apoyo, la de inviabilidad fetal del 70% y la de violación del 69%.

Subrayó que estas cifras son muy elocuentes y nos ayudan a comprender por qué es tan difícil para la ciudadanía entender que este Congreso se niegue a modificar la ley penal. Consignó que la discrepancia entre lo que quiere la población y lo que hace el Congreso ahonda el sentir de que los legisladores no representan a quienes debieran representar. Por el contrario, los votantes observan que muchas veces los legisladores prefieren representarse a sí mismos, sus convicciones personales, sus prejuicios, en vez de ser la voz de los ciudadanos que les eligieron y les dieron su confianza. Apuntó que lo anterior contraría las bases de las doctrinas de la representación democrática que se fundan en la idea de que el autogobierno colectivo es posible por la vía de la elección de representantes.

Agregó que la teoría nos dice que los Parlamentarios actuarán honrando los intereses ciudadanos pues es lo que hace -en palabras de Weber- el "buen político". Éste no es aquel que actúa en base a una "ética de la convicción", sino quien lo hace conforme a una "ética de la responsabilidad". Existe una diferencia abismal, sostenía Weber, entre actuar con la convicción de un principio ético -fundado en alguna doctrina personal- o bien con la responsabilidad ética de hacerse cargo de las consecuencias previsibles de sus actos.

Connotó que un político que se guía por la ética de la responsabilidad tendrá en cuenta lo que Weber llamaba "el promedio estadístico de los defectos humanos". Es decir, para Weber el político no tiene ningún derecho a presuponer la bondad y la perfección en los seres humanos a quienes representa, de modo que no se sentirá capaz de cargar sobre las espaldas de otros las consecuencias de su propio accionar. Ello nos obliga a recordar que quienes sufren esta ley penal son las mujeres a quienes los miembros de la Comisión representan y a quienes se quiere imponer actos heroicos, suponiendo una perfección moral que no es dable exigir a nadie, menos a través del derecho penal. Sostuvo que el político que se hace responsable del daño que pueden generar las normas que se imponen a personas moralmente imperfectas -como lo somos todos- ese es, para Weber, el buen político. Quienes, en cambio, actúan como políticos de la convicción son, dice Weber, quienes solo se sienten "responsables" por mantener encendida la llama de sus convicciones personales, aun cuando sean los ciudadanos (las mujeres en verdad) quienes sufran las consecuencias de su ardor religioso o filosófico.

Expuso que la incertidumbre respecto de la aprobación de un proyecto de ley ampliamente anhelado por las chilenas y chilenos, apoyado por todos los organismos internacionales de protección de derechos humanos del mundo y claramente constitucional -como se ha demostrado innumerables veces por diversos expertos constitucionalistas en esta misma instancia- nos obliga a reflexionar sobre cómo queremos responder a las demandas de responsabilidad ética que -según muestran las encuestas citadas- hace la ciudadanía.

Prosiguió su intervención con unas breves reflexiones acerca de ese principio abstracto tan compartido, que es el del valor sagrado de la vida humana. Connotó que cuando reconstruimos el debate sobre el aborto en nuestro país, no podemos explicarlo en toda su complejidad si tratamos simplemente de descubrir si debemos o no atribuir al feto el estatus de persona.

Apuntó que si así fuera, no se entendería por qué un defensor de la postura pro-vida podría considerar justificado el aborto terapéutico o compartir que no es justo que el aborto tenga la misma pena que el homicidio. Del mismo modo, tampoco se entendería por qué un defensor de las tesis pro-elección postula que el aborto puede generar algún tipo de dilema moral y no se trata simplemente de una preferencia o de una intervención quirúrgica ordinaria, como sería una apendicitis. Al contrario, indicó que nuestras convicciones reflejan otra idea que explica mucho mejor la forma que adoptan nuestras creencias y desacuerdos morales sobre este dilema. Se trata de aquella convicción de que la vida es intrínsecamente valiosa, o sea, es malo que la vida humana, una vez empezada, termine

prematuramente. Consideró que la muerte precoz es mala en sí misma, aunque no suponga algo malo para ninguna persona en particular.

Prosiguió manifestando que, ahora bien, la idea de que existe un valor intrínseco puede parecer errada por varias razones. La primera de ellas radica en la objeción a la posibilidad de sostener que haya algo que tenga un valor intrínseco. Pero, a pesar de ello, insistimos en defender valores o ideas valiosas en sí mismas especialmente cuando debatimos públicamente sobre alguna cuestión que pone en tensión nuestras creencias más profundas, incluso si mantenemos una postura ética más o menos escéptica. Opinó que no solo esta idea nos puede parecer equivocada, sino que también se nos antoja paradojal: ¿cómo es posible que afirmemos comúnmente el valor intrínseco de la vida y tengamos posturas tan irreconciliables respecto del aborto? La respuesta es que interpretamos de modo diverso la noción de que la vida humana es valiosa y que estas distintas interpretaciones expresan convicciones íntimas muy fuertes. Pero, si hemos dicho que la vida humana es lo único sagrado con carácter universal, ¿cómo respetamos el valor inherente de las vidas de todos? Estimó que la vida es una obra en el tiempo, donde cada instante es tan valioso como el todo.

Añadió que miradas nuestras vidas como un pentagrama donde debemos poner las notas, se respeta la vida cuando cada ser humano escribe su melodía en la partitura conforme a su propia y particular visión del mundo. Manifestó que respetar el valor intrínseco de la vida es, entonces, como plantea Dworkin, promover la libertad y no la coerción, en favor de un régimen político-jurídico y de una actitud que aliente a cada uno de nosotros a adoptar decisiones sobre la vida individualmente.

Arguyó que la libertad es el requerimiento cardinal del autorrespeto: ninguno trata su vida como si tuviera una importancia intrínseca, a menos que insista en no ser llevado por otros a lo largo de ella, sin importar la medida en que los ame, respete o tema. Afirmó que las decisiones relativas a la vida son las más cruciales en la formación y expresión de la personalidad.

Concluyó señalando que es por esta razón que la libertad y no la coerción muestra un respeto auténtico por la vida que es sagrada para cada ser humano. El derecho a decidir forma parte de los requisitos que deben exigirse en una democracia para que se nos respete, genuinamente, lo más sagrado para todos. Y, precisamente, cuando se les niega a las mujeres totalmente la posibilidad de abortar en nombre del carácter inviolable de la vida, estamos dejando de honrar el único modo en que podemos comprender ese valor sagrado y, lo más importante, le estamos negando a la mitad de la población de nuestro país la posibilidad de que pueda darle a sus vidas ese valor intrínseco que vociferamos defender.

A continuación, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra **al profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señor Arturo Fermandois**.

El señor Fermandois agradeció la oportunidad de participar en este debate y explicó que realizaría su exposición basándose en un texto escrito del siguiente tenor:

"Minuta

Para : Honorables miembros de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado

De : Arturo Fermandois Vöhringer[1]

Fecha : 3 de enero de 2017

Ref.: Dos objeciones de constitucionalidad orgánica respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (Boletín N° 9.895-11)

La presente minuta recoge la presentación que realizara ante esta Honorable Comisión con fecha 14 de diciembre de 2016, con motivo de la discusión del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (Boletín N° 9.895-11, en adelante el "Proyecto"). En lo formal, he profundizado en algunos aspectos de mi presentación con detalles bibliográficos o jurisprudenciales, sin modificar, en lo sustancial, lo sostenido en dicha oportunidad.

I. Introducción

En primer lugar, en mi condición de Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y de Director del Departamento de Derecho Público de la misma, hago mías, tanto en lo sustantivo como en lo formal, las

[1] Es Director del Departamento de Derecho Público y Profesor Titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho P. Universidad Católica de Chile. Agradezco los comentarios y sugerencias del Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad, José Francisco García.

declaraciones que respecto del Proyecto se han formulado por parte de ésta.[2]

Bajo este contexto, mi intervención busca complementar dicha visión desde la mirada estrictamente constitucional, con acento orgánico. En efecto, sin perjuicio de otras objeciones de constitucionalidad sustantiva que se han formulado al Proyecto en el documento referido, quisiera plantear dos *objeciones de constitucionalidad de naturaleza orgánica*. Estimo que las objeciones que presentaré pueden –sin importar el resultado final de la legislación aprobada–, al menos colaborar en corregir el Proyecto en aspectos sensibles.

Afirmaré, en primer lugar, que el Proyecto no acoge la objeción de conciencia institucional debiendo hacerlo y ello vulnera la Constitución. En segundo lugar, afirmaré que este Proyecto vulnera la esencia de la autonomía profesional médica al imponer forzosamente tratamientos provenientes de un diagnóstico emitido por un determinado médico, a otro médico. Ello no es tolerado por la Constitución.

II. El Proyecto no acoge la objeción de conciencia institucional, debiendo hacerlo, especialmente en materias de embarazo

2.1. Garantías constitucionales infringidas: libertad de conciencia y de culto (art. 19 N° 16, CPR), derecho de asociación (art. 19 N° 15, CPR) y libertad de enseñanza (art. 19 N° 11, CPR)

El Proyecto sólo acoge la objeción de conciencia en la hipótesis del médico que, requerido a practicar una interrupción del embarazo, se niega por haber expresado previamente una objeción de conciencia por escrito. Además, sabemos, dicha objeción incluso cede ante una situación de emergencia, y se le impone el deber de practicar la interrupción del embarazo pese a ella.[3]

---

[2] Ver Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Declaración Pública acerca de la Despenalización del Aborto, 2015. Disponible en línea en: http://derecho.uc.cl/images/stories/noticias/2015/11_noviembre/declaracion_publica_acerca_de_la_despenalizacion_del_aborto.pdf

[3] El proyecto de ley, al referirse a la objeción de conciencia, introduce el siguiente artículo 119 ter nuevo:

"Artículo 119 ter. El (la) médico(a) cirujano(a) que sea requerido(a) para interrumpir el embarazo en las causales descritas en el artículo 119, podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiera manifestado su objeción de consciencia al(la) Director(a) del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. El establecimiento tendrá la obligación de reasignar otro médico(a) cirujano(a) a la paciente o de derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud deberá dictar los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia.

El (la) médico(a) cirujano(a) que ha manifestado objeción de conciencia y es requerido(a) para interrumpir un embarazo, tiene la obligación de informar de inmediato al Director(a) del establecimiento de salud que la mujer requirente debe ser derivada.

En el caso que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo en la

Sin embargo, el Proyecto no acoge la objeción de conciencia que la institución a la que pertenece aquel médico podría lícitamente tener recogida dentro de su ideario institucional, su ideario educativo, o dentro de sus propios estatutos internos. Ello presenta un problema de constitucionalidad.

La libertad de conciencia garantizada en el artículo 19 N° 6 de la Constitución, se extiende a iglesias, confesiones, e instituciones religiosas. En efecto, el inciso tercero dispone:

> "*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*". (El destacado es nuestro).

Se trata de una regla que proviene de la Carta de 1925,[4] producto de la negociación ocurrida en el contexto de la separación de la Iglesia y el Estado, propuesta por el Presidente Alessandri.[5] La misma tenía por objeto evitar una interpretación perjudicial de los artículos 556 y 557 del Código Civil –especialmente el primero de los señalados– que condicionaba la posesión de bienes raíces por parte de las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro (corporaciones y fundaciones, reguladas en el libro I, Título XXXIII).

En efecto, bajo el antiguo artículo 556 del Código de Bello, el dominio de toda clase de bienes de las personas sin fines de lucro debía ser renovado por la autoridad,[6] en colisión con el principio de la perpetuidad del dominio. Con todo, dicha regla civil fue, de manera posterior, radicalmente modificada.[7]

Bajo el contexto de la génesis de la actual Carta Fundamental, al estudiarse por parte de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución ("CENC") la garantía de libertad de conciencia y de culto (art. 19 N° 16), se constata la

---

medida que no exista otro(a) médico(a) cirujano(a) que pueda realizar la intervención.".

[4] Contenida en el artículo 10 N° 2, inciso segundo, de la Constitución de 1925, texto base de la normativa actualmente vigente.

[5] Ver Actas de las Sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República, 24° sesión de la Subcomisión de Reformas Constitucionales (Santiago, Ministerio del Interior, Imprenta Universitaria, 1925), 23 de junio de 1925, p. 320.

[6] El inciso primero del mencionado artículo disponía que: "*Las corporaciones pueden adquirir bienes de todas las clases a cualquier título, pero no pueden conservar la posesión de los bienes raíces que adquieran, sin permiso especial de la legislatura.*".

[7] Mediante Ley N° 5.020, de 30 de diciembre de 1931, el artículo 556 quedó con la siguiente redacción (hasta 2011): "*Las corporaciones pueden adquirir todas clases de bienes a cualquier título.*".

intención de los comisionados de prorrogar esta norma (10 N° 2 inc. 2) pero, naturalmente, con una interpretación más amplia, distinta.

¿Por qué resulta entonces relevante entender la historia y *ratio legis* del artículo 19 N° 16 inciso tercero de la actual Carta? Dado que nos permite detectar un primer problema de constitucionalidad del Proyecto: esta norma ampara a las Iglesias y a las instituciones religiosas, que en el caso de la Iglesia Católica, dispone además de un Hospital Clínico. En consecuencia, la expresión "bienes" debe interpretarse no sólo en un sentido estricto, limitado, literal respecto de los bienes raíces inscritos en el Conservador de Bienes Raíces, sino que en un sentido amplio, abarcando toda la infraestructura que opera en torno a esa institución religiosa, esto es, recursos humanos, métodos, equipamiento, estatutos, etc. Así, el 19 N° 6 proyecta una protección amplia a la institución.[8]

Por otra parte, ahora desde la perspectiva del **derecho de asociación**, consagrado en el artículo 19 N° 15 de la Constitución, sabemos que dicha garantía permite a todos los entes asociativos tener un ideario, sus propios estatutos, organizarse de acuerdo a lo forma que estimen conveniente, teniendo, adicionalmente, una fuerte conexión con el artículo 1° inciso tercero de la Constitución.[9]

La objeción de conciencia institucional surge entonces como una necesidad, una suerte de imposición de la Constitución hacia los entes asociativos, la que no se puede limitar sólo a la esfera individual. La Constitución ampara que la institución pueda tener y ejercer dicha objeción de conciencia institucional cuando en el centro de su ideario se contempla un asunto como el que se trata en este Proyecto.

Finalmente, en tercer lugar, se ubica la garantía de la **libertad de enseñanza**, consagrada en el artículo 19 N° 11 de la Constitución, especialmente relevante en el caso de las Universidades. Se trata de una garantía que incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, otorgando, en consecuencia, protección al ideario que se plasme en sus estatutos.

En todos los casos anteriores, las tres garantías invocadas admiten límites. En el caso de la libertad de conciencia, la moral, el orden público y las buenas costumbres. En el caso de la libertad de enseñanza, la moral, el orden público, las buenas costumbres y la seguridad nacional. Con todo,

---

[8] Para algunos expertos incluso la única norma que protege del principio de retroactividad en materia civil: no podría el legislador retroceder perjudicando las materias patrimoniales así entendidas de una confesión religiosa, por impedirlo de manera concreta la expresión "actualmente" del inciso tercero de la garantía referida.

[9] Dicha norma preceptúa: "*El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.*".

dichas limitaciones deben ser interpretadas en términos restrictivos y el legislador acogerlas al momento de hacer los balances de derechos en juego.[10]

2.2. Elementos de Derecho Comparado

El legislador por imposición constitucional, debe reconocer ciertos parámetros de resistencia en materia de legítima objeción de conciencia ante imposiciones del legislador. Esta idea, como se verá a continuación, encuentra amparo reciente en el Derecho Comparado.

2.2.1. La objeción de conciencia institucional en el derecho comparado

Consagrar el derecho a la objeción de conciencia institucional para el caso de leyes de aborto o "interrupción del embarazo", es una garantía que el legislador ha establecido en varios países del mundo,[11] por mencionar algunos:

i. Estados Unidos. Bajo la **"***Church Amendment*", de 1973, la objeción de conciencia institucional se admite en los hospitales privados, si se contempla en sus estatutos la prohibición estatutaria de realización de abortos dentro de sus instalaciones.

ii. Argentina. La Ley N° 25.673, de 2003, dispone en su artículo 10° que las instituciones privadas de carácter confesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud podrán, con fundamento en sus convicciones, exceptuarse de la realización de abortos en sus instalaciones.

iii. Francia. Las clínicas privadas tienen derecho a oponerse institucionalmente a la realización de abortos voluntarios en sus instalaciones. (*Code de la santé publique*, art. L.2212-8.).

Estamos, en suma, ante una institución expresamente reconocida en el Derecho Comparado.

2.2.2. *Hobby Lobby* (2014), Corte Suprema norteamericana

En la sentencia *Hobby Lobby*,[12] de la Corte Suprema norteamericana de 30 de junio de 2014, una empresa (Hobby Lobby Stores Inc.) impugnó la obligación impuesta por el legislador de financiar de forma gratuita para sus empleados contraceptivos de emergencia, potencialmente abortivos. La

[10] Ver Eduardo Aldunate, Derechos Fundamentales, Legal Publishing, 2008, pp. 269-282.
[11] Ver Alvaro Ferrer, Informe sobre la Libertad religiosa y de conciencia frente al proyecto de ley de aborto en Chile, 2015 (documento inédito).
[12] Burwell v. Hobby Lobby, 573 U.S. ___ (2014).

empresa, persona jurídica con fines de lucro, manifestó que dicha obligación violaba su ideario religioso (evangélico). La Corte Suprema acogió dicho planteamiento, estableciendo que violaba la *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA).[13]

Existiendo algunas diferencias factuales entre este fallo y las reglas propuestas por el Proyecto, o el hecho de que la Corte Suprema norteamericana haya acogido el argumento respecto de una empresa con fines de lucro y mi planteamiento se limita a las instituciones religiosas, personas jurídicas sin fines de lucro, resulta evidente que *Hobby Lobby* ampara la idea de una objeción de conciencia institucional. Encontramos entonces en este caso un parámetro de resistencia a la hora de que el legislador establezca una imposición que lesione gravemente el ideario religioso y educativo de una institución.

2.3. Objeción de conciencia individual defectuosamente tratada

Sin perjuicio de todo lo dicho, en torno a la necesidad de que el legislador ampare la objeción de conciencia institucional, la versión estrictamente individual de esta institución no está bien tratada en el Proyecto tampoco.

En efecto, no opera de pleno derecho, transformándose en una carga administrativa impropia al exigirse que deba registrarse individualmente por el médico por escrito. Si el médico, por cualquier causa, no ha podido realizar oportunamente esta acción, queda obligado a practicar la interrupción del embarazo, pese a su conciencia contraria a tal acción.

Pero aun registrada previamente y por escrito, la objeción de conciencia cede ante una imposición legal en caso de que se requiera “atención médica e impostergable”, de acuerdo a lo previsto en el artículo 119 ter nuevo propuesto por el Proyecto.

III. Proyecto vulnera la esencia de la autonomía profesional médica, reconocida en el artículo 19 N° 16 de la Constitución

En esta materia, constatamos, en primer lugar, la ausencia de la suficiente precisión regulatoria en la configuración de los diagnósticos que autorizan la interrupción del embarazo y, en segundo lugar, la existencia de una imposición forzosa de un diagnóstico médico ajeno, atado a un tratamiento no determinado ni consentido por el médico así obligado. En este último caso, podría perfectamente existir una divergencia tanto en el diagnóstico como en el tratamiento recomendado entre ambos profesionales.

---

[13] Ver Jennifer A. Marshall, “Burwell v. Hobby Lobby: Protecting Religious Freedom in a Diverse Society,” 10 N.Y.U. Journal of Law & Liberty 327 (2016). Entre nosotros, ver Luis Alejandro Silva, “Lucro, empresa y religión: el caso Hobby Lobby”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n. 1, pp: 39-59.

Ambas cuestiones serán profundizadas a continuación, en conexión con la protección constitucional del principio de autonomía profesional[14] bajo el artículo 19 N° 16 de la Constitución, y el balance que debe realizar el legislador de este principio con otros bienes jurídicos en juego: la autonomía del paciente y el interés del legislador por alcanzar determinados bienes públicos. Este balance o ponderación de los tres principios en juego, también se manifiestan en el Derecho Constitucional Comparado.

En lo que nos importa, y como veremos a continuación, el balance o ponderación que realiza de estos tres principios el Proyecto no es acertado, vulnerándose la protección constitucional de la autonomía profesional del médico.

3.1. Ausencia de la suficiente precisión regulatoria en la configuración de los diagnósticos

El diagnóstico no es sólo una cuestión casuística, sino que se encuentran en la esfera íntima del trabajo de un profesional médico. En esta materia, el Colegio Médico ha realizado reparos.[15] Así, en primer lugar, vinculando el diseño regulatorio de los diagnósticos respecto de la causal de interrupción por peligro vital de la madre, sostiene que:

> "El proyecto de ley en estudio, al tratar esta primera causal, autoriza la interrupción del embarazo cuando exista peligro para la vida de la mujer, no sólo en caso de riesgo vital presente, sino que también futuro. Se trata, esta última, de una situación que puede ser difícil de determinar y cuyo alcance no se explicita en el proyecto. Podríamos entender que se refiere a aquella condición de salud de la madre que presumiblemente se agravará si continúa con el embarazo, pudiendo significar un riesgo vital en un futuro impreciso, incluso después de ocurrido el parto. **Esta situación requiere de una mayor precisión**

[14] Borracci y Mauro entregan una conceptualización técnica de este concepto. Así, sostienen que: "el principio de autonomía médica está relacionado con el profesionalismo en distintos niveles. Dadas las características de su profesión, los médicos necesitan un alto grado de autonomía individual para controlar los términos y las particularidades de su trabajo. Como actor solitario y en forma ideal, un médico suele decidir el tiempo y el modo que dedica a un paciente, así como los estudios que le realiza y los tratamientos que aplica. Aunque la autonomía puede revelarse como un privilegio entre los médicos, también debe ser correspondida con un extremo profesionalismo e integridad ética. En este sentido, la premisa que parte de una correcta definición de profesionalismo y autonomía es la de aceptar que los mismos médicos deben confluir, definir, declarar y transmitir las competencias técnicas y los valores éticos que tienen que gobernar la práctica médica. Esta confluencia de acciones suele resumirse en los modelos de autorregulación tradicionalmente propuestos por los colegios médicos". Ver Raúl Borracci y Víctor Mauro: "El profesionalismo médico, los modelos de regulación y la autonomía profesional", Revista Argentina de Cardiología, vol. 83, n. 3, 2015. Disponible en línea en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5168544

[15] Ver Colegio Médico, "Reflexiones del Departamento de Ética del Colegio Médico de Chile sobre proyecto de ley", junio 2015. Disponible en línea en: http://www.colegiomedico.cl/wp-content/uploads/2015/08/Documento_Depto.Etica_Aborto_10.06.15.pdf

> **diagnóstica y, dado lo impredecible del curso de ciertas enfermedades crónicas, no siempre es posible determinar con certeza que la condición se agravará producto del embarazo. En este sentido, nos parece más conveniente eliminar esta mención del proyecto de ley y que sea el equipo médico, en conjunto con la embarazada, quienes determinen el mejor curso de acción ante situaciones específicas**". [16] (El destacado es nuestro).

En otras palabras, lo que se está demandando por parte del Colegio Médico es la protección constitucional de la autonomía profesional para practicar un diagnóstico y aplicar un tratamiento, que sabemos, son apreciaciones profesionales de naturaleza casuística, con carácter nominativo, individual, y resorte de cada médico.

Por otra parte, idéntico ejercicio ahora respecto de la causal de inviabilidad fetal, lleva al Colegio Médico a plantear que:

> "Es necesario señalar que no todos los médicos concuerdan con la introducción de esta segunda causal de aborto. Para algunos, inducir un parto prematuro no hace más que adelantar una muerte embrionaria o fetal inevitable, y consideran inadecuado obligar a una madre con feto inviable a completar el embarazo para que el niño muera pocas horas después del parto. Otros médicos, en cambio, consideran que un aborto por esta causal pone fin anticipado a una vida humana. Reconociendo este desacuerdo moral -que también está presente al interior de nuestro Departamento-, queremos discutir algunas dificultades técnicas respecto de esta indicación. **Si deseamos asegurar condiciones adecuadas para la toma de decisión de una mujer embarazada que tiene un embrión o feto con alteraciones estructurales severas e incompatibles con la vida extrauterina, debemos ser capaces de contar con un equipo médico especialista y multiprofesional que realice un diagnóstico prenatal precoz y oportuno, incluyendo acceso a técnicas de diagnóstico genético.** Asimismo, con posterioridad a la información y decisión de la mujer embarazada, se debe asegurar a ésta un adecuado acompañamiento y apoyo psicológico, tanto para aquéllas que deciden abortar como para quienes deciden llevar a término el embarazo".[17] (El destacado es nuestro).

Así, el Proyecto no ha desarrollado con precisión la forma en que se va a realizar un diagnóstico, compatible con la protección constitucional de la autonomía profesional de que goza cada médico.

Finalmente, respecto de la causal de violación, el Colegio de la orden sostiene en este ámbito que:

---

[16] Id., p. 6.
[17] Id., p. 11.

> “Resulta pertinente señalar que los artículos 362 y 363 del Código Penal consideran que existe violación en los siguientes casos: i) cuando se usa fuerza o intimidación; ii) cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia; iii) cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima, y iv) cuando se trata de una menor de catorce años, aun cuando no concurra ninguna de las circunstancias antes señaladas. **A nuestro juicio, resulta altamente gravoso imponer al equipo de salud la carga de evaluar e informar la concurrencia de los hechos que constituyen la causal, y consideramos que será de gran dificultad acreditar adecuadamente su concurrencia, especialmente en los casos señalados en los puntos i) y ii) precedentes.** En efecto, cuando el embarazo ha sido producto de una relación sexual realizada abusando de la enajenación o trastorno mental de la mujer, o con una menor de catorce años, no existirán probablemente mayores dificultades para tener por configurada esta tercera causa de aborto permitido**. Sin embargo, en los casos de violación por fuerza o intimidación, o cuando la víctima se hallare privada de sentido, o se aprovechare el victimario de su incapacidad para oponer resistencia, pudiera ser difícil de determinar su concurrencia, especialmente si sólo se cuenta con la declaración de la mujer embarazada. ¿En base a qué elementos técnicos podría el médico determinar que la solicitud de interrupción del embarazo que la mujer efectúa se encuadra en esta causal de aborto?**¿Debe el médico denunciar el delito o debe primar el deber de confidencialidad que existe en toda relación médico-paciente?”.[18] (Los destacados son nuestros).

En consecuencia, el déficit constitucional de esta última regla es que no se encuentra configurada de una manera completa, razonable y precisa la causal en relación al diagnóstico médico.

3.2. Imposición forzosa de un diagnóstico médico ajeno, atado a un tratamiento no determinado ni consentido por el médico así obligado

Pero todavía hay un problema más grave, que consiste en que el Proyecto, en materia de diagnóstico, pide una ratificación en un caso, pide una confirmación en otro caso, todo lo cual se reconduce finalmente a un requerimiento de una interrupción del embarazo a un médico que puede ser un tercero. Ello se desprende de la redacción de la primera parte del artículo 119 ter del Proyecto que dispone: “*El(la) médico(a) cirujano(a) que sea requerido(a) para interrumpir el embarazo*…”. En otras palabras, se le está imponiendo un diagnóstico y un tratamiento a un determinado médico sobre la base del diagnóstico y tratamiento realizado por otro.

---

[18] Id., p. 13.

Ello debiese llevar al legislador a estudiar de mejor forma cómo proteger la autonomía profesional del médico, ponderando asimismo, el principio de autonomía del paciente. Sabemos que este último surge con especial fuerza en la década de los 70' en países como Estados Unidos como una limitación a una interpretación absoluta del principio de autonomía profesional del médico en el contexto de una serie de casos de mala *praxis* médica que hubieron de ser sancionados y el principio reformulado. Hoy, en Estados Unidos, se realiza este balance entre ambos principios, pero sigue existiendo gran deferencia a la autonomía profesional del médico (*professional practice standard*).[19] Por otra parte, en España la autonomía profesional del médico se asocia a la *lex artis*, operando como estándar ético y técnico, pero limitado parcialmente por la autonomía del paciente.[20]

Con todo, el Proyecto no logra dicho balance; muy por el contrario, sea por la vía del legislador o la de un tercero, se le impone a un médico un diagnóstico y un tratamiento ajeno, lo que lesiona la garantía reconocida en el artículo 19 N° 16 sobre libertad de trabajo. Se trata de una garantía que proviene de la Carta de 1925, que buscaba evitar la prohibición de clases de trabajo.

En efecto, el inciso cuarto de la garantía referida dispone que:

> "**Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida**, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. **La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas**. Los **colegios profesionales** constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de **las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros.** Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley." (Los destacados son nuestros).

---

[19] La autonomía profesional del médico tiene un status alto en Estados Unidos mediante el denominado *professional practice standard*. La fuente más importante asociada a éste es el Código de Ética Medico de la American Medical Association (AMA) de 1847. Su última versión data de 2016, y contiene también las opiniones del Consejo de Ética y Asuntos Judiciales de AMA. Este y otros códigos similares han alcanzado el status de *soft law*, y los jueces han sido, en general, deferentes con sus criterios. Ver Angela Campbell y Kathleen Cranley Glass, The Legal Status of Clinical and Ethics Policies, Codes, and Guidelines in Medical Practice and Research, 2001, McGill Law Journal, vol. 46.

[20] José Antonio Seoane, La construcción jurídica de la autonomía del paciente, Revista Española de Bioética EIDON, 2013, pp: 13-34.

Encontramos en esta regla entonces gran respeto por las profesiones universitarias y los colegios profesionales, incluidas sus facultades en materia de jurisdicción domestica sobre la conducta ética de sus integrantes.

Hay por tanto, en la Carta Fundamental, un doble reconocimiento constitucional: a los colegios profesionales y a la autonomía profesional de los médicos. Ante ambos, el Proyecto no es deferente y presenta contingencias constitucionales.

IV. Conclusiones

En virtud de todo lo anterior, puedo concluir que:

1. Respecto de la objeción de conciencia institucional:

a. El Proyecto no acoge la objeción de conciencia de la institución a la que el médico se encuentra afiliado (“institucional”), debiendo hacerlo y ello vulnera la Constitución y se aleja de los mejores estándares del Derecho Constitucional Comparado.

i. Así, infringe de manera específica y concreta respecto de tres garantías constitucionales: libertad de conciencia y culto (art. 19 N° 6, CPR), derecho de asociación (art. 19 N° 15, CPR) y libertad de enseñanza (art. 19 N° 11, CPR);

ii. El legislador, por imposición constitucional, debe reconocer ciertos legítimos parámetros de resistencia en materia de objeción de conciencia ante imposiciones del legislador. Ello encuentra amparo en el Derecho Comparado, en países como Estados Unidos, Argentina y Francia. Especialmente elocuente es la sentencia reciente de la Corte Suprema norteamericana *Hobby Lobby*;

b. En consecuencia, creemos que el Proyecto equivoca el tratamiento de la objeción de conciencia porque no la hace extensiva al personal de todas las instituciones que están cubiertas por estas tres garantías, lo que incluye la existencia de personal –más allá de los médicos– que se ve forzada a participar en la interrupción de embarazos, cuando la propia institución dentro de su ideario discrepa de aquello. Es el caso de matronas, arsenaleras, equipo administrativo, entre otros. Sólo el médico quedaría bajo el privilegio de la objeción de conciencia (individual). Ello vulnera, adicionalmente, la garantía de la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2 de la Constitución), dado que el elemento común es pertenecer a una misma institución que tiene un ideario.

c. No obstante lo antes mencionado, existe una regulación defectuosa de la objeción de conciencia individual: no opera de pleno derecho, transformándose realmente en una carga al exigirse que deba registrarse individualmente por el médico por escrito. Más aún, cede en caso de que se requiera “atención médica e impostergable”.

2. Respecto del planteamiento en torno a la infracción de la protección constitucional de la autonomía profesional médica:

a. Existe ausencia de precisión regulatoria en la configuración de los diagnósticos médicos establecidos en el Proyecto, respecto de cada una de las tres causales, como ha quedado de manifiesto, por lo demás, en el informe pertinente del Colegio Médico citado.

b. El Proyecto impone de manera forzosa a un médico el diagnóstico médico ajeno, atado a un tratamiento no determinado ni consentido por el médico así obligado a practicar una interrupción de embarazo.

c. En ambos casos, existe en mayor o menor grado, una lesión a la protección constitucional del principio de autonomía profesional bajo el artículo 19 N° 16 de la Constitución, y el balance que debe realizar el legislador de este principio con otros bienes jurídicos en juego: la autonomía del paciente y el interés del legislador por alcanzar determinados bienes públicos.”.

Finalizadas estas intervenciones, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra a los señores Senadores presentes.

El Honorable Senador señor Larraín calificó de interesantes las exposiciones escuchadas y, en primer lugar, agradeció al profesor Corral la disquisición que realiza para determinar la noción de persona, ya que ello ayuda a entender por qué la iniciativa en estudio resulta inconsecuente con el derecho a la vida.

Luego, expresó que cabía formular ciertos reparos a la intervención del profesor Villavicencio, si bien precisó que respetaba el fondo de su pensamiento. Hizo presente que el profesor antes mencionado afirmó que en la época de dictación del Código Civil, en tiempos de don Andrés Bello, la mujer no era considerada como persona. Declaró estar en completo desacuerdo con dicha afirmación, así como con la fundamentación de que ella no tenía dicha calidad porque carecía del derecho a voto. Sostuvo que si se aceptara como válida esa afirmación, habría que concluir que los menores de 18 años tampoco son personas, lo que es claramente absurdo. Sin duda, agregó, en tiempos pasados el mencionado cuerpo legal

contenía ciertas restricciones en relación a la mujer, lo que, sin embargo, en ningún caso permite señalar ella no era considerada como individuo de la especie humana.

Coincidió, sin embargo, con el ya mencionado profesor cuando señala que por ley no se podría imponer una convicción religiosa, porque ella tiene su origen en la fe, por lo tanto, en principios que no son coercibles por el Estado. Indicó que el cristianismo no es solo una religión que nace en la fe, sino que también es una ética fundada en la razón objetiva, que puede ser compartida por ateos. Siendo principios que emanan de la razón, añadió, pueden ser aprehensibles por otros credos que no comparten los fundamentos del cristianismo y, por lo tanto, serán coercibles cuando la mencionada religión dice que defiende el derecho a la vida por razones de ética y de moral y no porque lo consagra el quinto mandamiento de la ley de Dios. Subrayó que no es esto último lo que se invoca para justificar la imposición de sanciones a quienes atenten contra la vida de una persona, sino que la concepción moral de que allí hay un principio de la razón que es coercible. Apuntó que son dos conceptos distintos que el señalado académico parece haber confundido.

En cuanto a la afirmación formulada por el profesor antes mencionado respecto a que los Parlamentarios deben seguir las encuestas que señalan que el aborto es mayoritariamente aceptado por la ciudadanía, hizo presente que ha sido elegido tres veces como legislador y que quienes han votado por él saben lo que piensa. Expresó que se siente un representante legítimo de la ciudadanía, que vota según sus convicciones y que no que no es partidario de legislar atendiendo necesariamente a lo que las encuestas dicen. Consignó que los líderes no son solamente los que siguen a la gente, sino también quienes son capaces de guiarla, muchas veces contra el espíritu mayoritario.

El Honorable Senador señor Espina agradeció las exposiciones realizadas, señalando que ellas responden a enfoques distintos del tema en estudio y que corresponde que la Comisión escuche todas las opiniones.

Manifestó que el conocimiento del presente proyecto de ley corresponde a una Comisión especializada, a saber, la de Salud y aseveró que la misión central de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento consiste en determinar si la iniciativa infringe o no nuestra Carta Fundamental.

Luego, recordando que el inciso segundo del número 1 del artículo 19 de la Carta Fundamental manda a la ley proteger la vida del que está por nacer, preguntó de qué forma el hecho de realizar un aborto puede reflejar dicho mandato

Por otra parte, expresó que no usaría como argumento lo señalado respecto a las encuestas, porque si bien ellas ilustran, no pueden ser un factor de decisión definitiva dado que, puesta en situaciones extremas, la ciudadanía puede variar su opinión y dar respuestas en forma irreflexiva, dominadas por la pasión del momento.

Reseñó que cuando se es candidato a un cargo parlamentario, se es objeto de diversas preguntas valóricas, de modo que, al momento de votar, la ciudadanía conoce lo que piensa el futuro legislador. Recalcó que, a pesar de lo anterior, los debates que se efectúan en el ejercicio del cargo provocan que en algunas oportunidades se cambie de opinión.

Refiriéndose a la exposición del profesor Villavicencio, **el profesor Corral** precisó que el hecho de que una conducta no sea penada no significa que ella deba ser considerada lícita. Agregó que si así fuere, la responsabilidad civil extracontractual casi no existiría. Recalcó que hay otros instrumentos para disuadir de conductas que son consideradas socialmente nocivas sin necesidad de recurrir al derecho penal.

Coincidió con el profesor antes mencionado cuando dice que la naturaleza o alcance del proyecto no es una mera despenalización, sino que representa el otorgamiento de un derecho a la mujer que gesta. Sobre esta base, manifestó no entender cómo un proyecto que consagra el derecho a destruir la vida del que está por nacer es compatible con la regla constitucional que justamente dispone que la ley protege la vida de aquél.

Luego, se mostró contrario a la minusvaloración del inciso segundo del número 1 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, precisando que éste viene a resaltar y no a disminuir la protección constitucional que allí se consagra. Añadió que una interpretación leal del texto constitucional lleva a pensar que el *nasciturus* como persona está considerado en el inciso primero de ese numeral, en tanto que en el segundo nos encontramos frente a un mandato específico a la ley para que articule formas de protección especiales para el concebido, por tratarse de una persona más vulnerable.

Connotó que el proyecto de ley, tal como está, debiera ser considerado inconstitucional.

El profesor Villavicencio señaló que los representantes del pueblo no deben legislar irreflexivamente ni tampoco necesariamente de acuerdo con lo que la mayoría del país piensa. Sostuvo que ellos tienen que realizar su trabajo atendiendo a las necesidades de la ciudadanía, las que se pueden ver reflejadas parcialmente en las encuestas

de opinión. Precisó que en el caso del aborto, éstas lo apoyan en forma mayoritaria.

Manifestó que un político no se debe a sí mismo ni a los que votaron por él, sino que a la ciudadanía entera. Éste, dijo, es mandatario de los intereses de los ciudadanos, comprendidos como un cuerpo colectivo que ha depositado en el parlamentario la confianza para que sea representante de sus intereses.

Indicó que en la presente iniciativa está en juego la vida, la dignidad y la integridad física y psíquica de las mujeres. El tema, dijo, involucra, probablemente, una frontera en materia de derechos fundamentales que el país debe derribar, connotando que no se trata de un proyecto de ley de despenalización amplia, sino que solamente de la fijación de un mínimo ético exigible. Aseveró que las encuestas son tan abrumadoras en esta materia, que no cabe que los legisladores dejen de considerarlas.

Por otra parte, expresó que el ex Senador don Jaime Guzmán advirtió que agregar el inciso segundo al número 1 del artículo 19 del texto constitucional provocaría problemas de interpretación. Es por ello, añadió, que en las sesiones de la Comisión de Estudios para la nueva Constitución se opuso tenazmente a su incorporación.

Reiteró que considera absurdo que los nonatos tengan una protección especial respecto a las personas nacidas. Subrayó que el mencionado inciso segundo del número 1 del artículo 1° del texto constitucional se refiere a la vida como un valor abstracto y que por esa razón, dicho valor debe interpretarse de una manera que sea consistente con el valor intrínseco de la vida.

Sesión del día 3 de enero de 2017

En esta oportunidad, **la Comisión** escuchó a los abogados señores José Luis Guzmán D´Albora, Leonardo Estradé-Brancoli y Matías Meza-Lopehandía.

En primer lugar, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra **al señor José Luis Guzmán, profesor de Derecho Penal de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.**

El profesor Guzmán D´Albora realizó una alocución basada en un texto escrito del siguiente tenor:

“1. De los dos sistemas conocidos de supresión de la incriminación del aborto en el Derecho Comparado, el proyecto

gubernamental de 31 de enero de 2015 opta por una modalidad de indicaciones. Con esto, Chile se pondría a la zaga de la tendencia mundial en la materia, que va decididamente en el sentido del sistema de los plazos, sistema que presenta muchas ventajas frente a los de indicaciones, siendo la primera de ellas que deja la decisión sobre interrumpir o no el embarazo a la persona afectada, o sea, la mujer, y no en manos de un médico, un comité de salud o un juez.

En diversas oportunidades el autor de este informe ha defendido la «indicación» del sistema de los plazos para las mujeres chilenas que no desearon la gravidez o no quieren continuar con ésta, pues es el único que salvaguarda debidamente el bien jurídico preeminente que está en juego en ello, la autonomía de la conciencia individual de la mujer para regular su vida íntima y familiar. Siendo así, el Derecho Penal debiera intervenir únicamente frente a los abortos que ponen en riesgo su vida o su salud y los que se cometan contra o sin su voluntad.

2. No obstante lo anterior, persistir en la regulación actual mantendría a las mujeres chilenas en el estado pueril, incluso de cosificación, a que se las condenó en 1989, al declarar la ley delito toda acción cuyo fin sea provocar un aborto. En estas circunstancias, el proyecto del Gobierno representa un progreso. No está exento de defectos intrínsecos, pero es mejor que el texto aprobado por la Comisión de Salud del Senado. A los deméritos de uno y irán dirigidas mis observaciones.

3. Al contrario de las virtudes, que son siempre individuales, los defectos suelen ser compartidos. De ahí que no sea de sorprender hallar algunos en entrambos textos, el del Gobierno y el de la Comisión.

a) Por lo pronto, que para el nuevo artículo 119 del Código Sanitario se proponga la medular redacción inicial: *“Mediando la voluntad de la mujer, un médico cirujano se encontrará autorizado para interrumpir el embarazo ..... cuando…”.* Por más que se adopte aquí un sistema de indicaciones, la figura clave en todo este procedimiento es la mujer, no el médico. Sería preferible una redacción impersonal, por ejemplo, *“Con el consentimiento de la mujer se autoriza la interrupción del embarazo en las siguientes situaciones…”*. Las disposiciones ulteriores, particularmente el nuevo artículo 119 bis, dejan en claro que la interrupción del embarazo indicada sólo puede llevarla a cabo un médico.

b) Tampoco parece bien redactada la indicación terapéutica. Lo de un *riesgo vital* y que la interrupción del embarazo evite un *peligro para su vida*, aparte de ser una redundancia, no expresa adecuadamente el sentido ni el alcance de esta hipótesis, en que colinden la existencia (pero también la salud) de la gestante con la continuación del estado de preñez. Considero más apropiado decir lo siguiente: *“Cuando la*

prosecución del embarazo represente un peligro para la vida o un daño grave para la salud de la gestante". La casuística médica es tan rica que la ley, en lo posible, en su fórmula abstracta no debiera dejar fuera ningún supuesto concreto de interés para la indicación en palabra. Piénsese en la grávida en la que se descubre, junto al estado de preñez, que ella padece de un cáncer potencialmente mortal cuyo único tratamiento implicaría producir malformaciones graves o, derechamente, la muerte del embrión. En tal caso, no es la interrupción del embarazo lo que evita el peligro para su vida, sino, precisamente, el tratamiento químico, radiológico u otro.

c) La configuración de la indicación eugénica pudiera ser perfeccionada si rezara así: *"Cuando el embrión o feto sufra de una malformación congénita, alteración genética o patología adquirida incompatibles con la existencia intrauterina o la vida independiente"*. Esta redacción permite abarcar más situaciones que las comprendidas en el proyecto. Sobre todo, no se debe olvidar que hay patologías que el *nasciturus* pudiese adquirir durante el proceso gestatorio, sea transmitidas por la grávida, sea producto de causas externas, como una medicación inapropiada.

d) Ignoramos por qué los dos documentos consideran necesario establecer expresamente que el «embarazo ectópico» no requiere la ratificación del diagnóstico inicial para poder interrumpirlo (artículo 119 bis). Justamente porque es ectópico, o sea, extrauterino, no hay en él tampoco embarazo ni un ser en gestación, sino, al contrario, un inminente y directo peligro de muerte para la mujer. Hasta donde yo sé, estos pseudo estados de gravidez son considerados incluso hoy, pese a la legislación en vigor, fundamento inmediato y suficiente para la realización de una acción terapéutica, que ningún médico dejará de realizar por la sencilla razón de que con ella no perpetra un «aborto».

e) La indicación sentimental queda restringida a los casos de violación. No divisamos el motivo para excluir el delito de estupro como fuente del embarazo, tanto el estupro fraudulento como el cometido mediante prevalimiento (artículo 363 del Código Penal), tanto más cuando la paciente de este delito es una joven adolescente de cuya voluntad abusó el autor. Tomando en cuenta la edad de la ofendida, menor de dieciocho años, y las condiciones de su voluntad, el plazo para la interrupción del embarazo debiera extenderse por lo menos a las catorce semanas del texto de la Comisión de Salud.

4. Los restantes inconvenientes de la legislación proyectada yacen, empero, en el documento aprobado por la Comisión:

a) El texto es descoordinado. Entre otros ejemplos que cabría aducir, el inciso cuarto del artículo 119, a propósito de la adolescente que requiere la interrupción del embarazo y del informe a los

representantes legales (informe que, por otra parte, no parece indispensable dado el carácter personalísimo de esta decisión), remite al inciso quinto, que trata de una materia completamente ajena al riesgo anunciado por el inciso cuarto.

b) Ese mismo inciso cuarto no nombra a las menores de catorce años de edad, a contrapelo del proyecto del Gobierno, que en tal hipótesis exige la autorización del representante legal o, en su defecto, del tribunal de familia competente.

c) El artículo 119 bis, inciso segundo, dispone la ratificación del diagnóstico de la indicación patológica "por un médico que cuente con las habilidades específicas requeridas", lo que sugiere indirectamente que el autor del diagnóstico inicial pudiera no tenerlas (¿?). Además, establece que el diagnóstico ha de ser previo, algo semánticamente absurdo, porque todo diagnóstico, en medicina, consiste en determinar el carácter de una enfermedad a la luz de sus signos, siendo, por tanto, anterior a la ejecución de ulteriores acciones terapéuticas. El diagnóstico es un pronóstico, y las prognosis póstumas sólo existen en la imaginación de los penalistas.

d) Recomendable parece que se especifique qué órdenes de profesionales integrarán el equipo de salud que constatará los supuestos de la indicación sentimental. Esta comisión tiene un poder tremendo sobre la suerte de la grávida y hay que garantizar su competencia, objetividad y leal acatamiento de la ley.

e) Pero lo más grave va por el lado de las niñas y adolescentes que hubieren sido violadas y que pidan la interrupción del embarazo. El texto de la Comisión coloca a los directores de hospitales y clínicas en el deber de denunciar el hecho a la justicia criminal. Esto pudiera resultar contraproducente para proteger la libre decisión de la joven. Creemos que por lo menos en el caso de las adolescentes debiera preservarse el deber de secreto profesional que impone el proyecto del Gobierno.

f) No sólo grave, sino derechamente contrario al Derecho Penal y Procesal Penal chileno es que, tratándose de mujeres adultas que no han denunciado el delito de violación que sufrieron y a causa del cual demandan esta prestación médica, deban los directores de hospitales y clínicas hacerlo por ellas. Conviene recordar que el delito de violación, por muy buenas razones, es delito dependiente de instancia particular o de acción mixta. Sin denuncia de la ofendida, el Ministerio Público no puede inmiscuirse y, es más, toda la sociedad está obligada a respetar el silencio de la mujer (artículos 369 del Código Penal y 54, letra "g", del Código Procesal Penal).

5. En fin, el artículo 119 quáter del texto de la Comisión de Salud prohíbe la publicidad de establecimientos hospitalarios, servicios, medios, prestaciones técnicas o procedimientos para la interrupción del embarazo en las indicaciones que autoriza la ley. ¿Por qué? Si estas actividades son lícitas, autorizadas por la ley, no vemos razón para efectuarlas como hasta el presente, en las sombras de lo ilegal. Esta disposición parece partir del supuesto de que la interrupción del embarazo requerida por la gestante no es una acción sanitaria, sino un acto criminoso. Marcha a completo contrapelo de la orientación del proyecto, aparte de que estigmatiza a las mujeres que versan en este terrible trance y menosprecia su autonomía.

Por lo demás, tanto el proyecto como el documento concebido por la Comisión dan a entender que la interrupción del embarazo puede realizarse en establecimientos públicos de salud o en clínicas privadas. Esto guarda correspondencia con la actual organización económica del país. Sin embargo, somos de la opinión de que no resultará intolerable al capitalismo chileno que esta prestación médica sea siempre gratuita para la mujer, cualquiera que fuere el régimen previsional a que ella esté adscrita, incluso si no tiene ninguno. Esta es la única manera de evitar la inveterada discriminación entre las mujeres, separadas por sus condiciones económicas y educativas, pero reunidas en la dolorosa disyuntiva de hacer cesar un embarazo no deseado o de gravosa prosecución para ellas. Para esto sí que hace falta una indicación legal.”.

A continuación, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra **al asesor legislativo señor Leonardo Estradé-Brancoli.**

El señor Estradé-Brancoli expresó que dividiría su exposición en dos partes, la primera relativa a la constitucionalidad del aborto terapéutico a la luz de las Actas Constitucionales previas a la dictación de la Constitución Política de 1980, dando a conocer el debate realizado en relación al número 1 del artículo 19 del Texto Constitucional, en cuanto dispone que la ley protege la vida del que está por nacer. Explicó que en la segunda parte de su exposición, abordaría la génesis de la ley que dio lugar a la modificación del Código Sanitario con la finalidad de proscribir el aborto terapéutico.

Basó su alocución en dos textos escritos del siguiente tenor:

“Exposición sobre constitucionalidad del aborto terapéutico
Resumen Actas Constitucionales:
Comisión Constituyente; Junta Militar y Consejho de Estado, sobre la norma según la cual la ley protege la vida del que está por nacer

Antecedentes de la Comisión Constituyente

De los ocho miembros de la Comisión Constituyente, cinco participaron en el debate sobre aborto terapéutico: su Presidente Enrique Ortúzar (nacional), Jaime Guzmán (gremialista), Jorge Ovalle (socialdemócrata), Enrique Evans (democratacristiano) y Alejandro Silva Bascuñán (democratracristiano).

Gustavo Lorca asistió pero no participó, en tanto Sergio Díez (nacional) y Alicia Romo (independiente de derecha) no asistieron.

De los ocho miembros, siete son católicos observantes, Jorge Ovalle no lo es.

Secretario Rafael Eyzaguirre y Prosecretario Rafael Larraín.

86ª Sesión de la Comisión Constituyente del 12 de noviembre de 1974

Profesor invitado Francisco Cumplido Cereceda.

Señala que se debe contemplar en la Constitución el aborto terapéutico y la esterilización terapéutica profiláctica, en el sentido de hacerlo permisible; de lo que deja constancia el señor Ortúzar y asiente el señor Cumplido.

87ª Sesión de la Comisión Constituyente del 14 de noviembre de 1974

Jaime Guzmán: debe limitarse el precepto únicamente al derecho a la vida; no en cambio consignar todo tipo de protecciones al hijo que está por nacer, porque en el fondo protegen más a la madre que al hijo que está por nacer.

Se puede privar de la vida en caso de legítima defensa y por prolongación en una guerra y por aplicación de la pena de muerte por autoridad competente.

El aborto es un homicidio porque la vida comienza con la concepción y no con el nacimiento.

La madre debe tener al hijo aunque no lo haya deseado, salga anormal, producto de la violación o de tenerlo derive su muerte.

Los seres humanos viven en una zona intermedia entre el martirio y la falla moral, pero cuando la providencia estrecha el cerco, se debe optar siempre por el martirio, heroísmo o lo que sea y no puede invocarse la gravedad o tragedia para no observar el orden moral, porque el orden moral es absoluto y absoluta debe ser la prohibición del aborto.

Enrique Evans: tiene dudas si la concepción personal e individual del señor Guzmán puede aplicarse a la vida colectiva de una sociedad pluralista.

Propone que el artículo 75 del Código Civil, el cual señala que la ley protege la vida del que está por nacer, se traslade a la Constitución, como norma flexible que autorice al legislador el aborto en ciertos casos, especialmente el aborto terapéutico.

Enrique Ortúzar: en qué momento comienza el derecho a la vida del que está por nacer, al día siguiente de la relación sexual, al día subsiguiente, a la semana, diez días, un mes. Hay algo relativo al menos en sus inicios; el derecho de la madre es tangible y si tiene que escoger entre la vida de la madre y el hijo opta por la de aquella.

Jorge Ovalle: el hijo que nace no es independiente de la relación entre el padre y madre, es la relación misma del padre y madre, si la madre odia al hombre que la violó, va a ver plasmado en el hijo la vileza del acto y lo puede rechazar, por eso no es partidario de una prohibición absoluta del aborto.

Alejandro Silva Bascuñán: lo dicho por el señor Guzmán es una verdad dura que le gustaría poder seguir y aceptar, pero no puede imponerse a los miembros de una sociedad política. Las discrepancias en la Comisión son el reflejo de las discrepancias en el país entero. Las normas en una constitución deben ser obedecibles racionalmente.

Comentario de las posturas expuestas

De las posturas anteriormente expuestas, una de mayoría y otra de minoría, se deducen dos enfoques multidisciplinarios: el enfoque sociológico y el enfoque jurídico.

Enfoque sociológico. Postura de mayoría: se aspira a una sociedad pluralista que reconozca las diferencias. Para que una norma sea obedecible racionalmente, debe tener sintonía en la realidad social en la cual está inmersa, y de esa manera será eficaz.

Enfoque sociológico. Postura de minoría: se aspira a una sociedad basada en el orden moral, que se impone a los miembros de una sociedad política.

Enfoque jurídico. Postura de mayoría: la ley protege la vida del que está por nacer, origina la existencia de causales: genérica, esto es el aborto en ciertos casos, y específicas, esto es el aborto terapéutico, esterilización terapéutica profiláctica, o sea interrupción del embarazo si peligra la vida o salud de la madre y en caso de violación a la madre; se basa en el principio de lo relativo al menos en sus inicios.

Enfoque jurídico. Postura de minoría: debe limitarse el precepto únicamente al derecho a la vida, lo que implica la inexistencia de causales, aunque peligre la vida o salud de la madre, porque no puede invocarse la gravedad o tragedia; se basa en el principio de la concepción en términos absolutos.

Continuación 87ª Sesión Comisión Constituyente 14 de noviembre de 1974

Jorge Ovalle: la convicción moral de raigambre religiosa es un sentimiento muy profundo que va más allá de la razón, es una cuestión de fe, pero su fe está en el ser humano, en el valor de la existencia comunitaria entre el hombre y la mujer, su dignidad como ser humano.

Comprende el sacrificio de la mujer que por su creencia religiosa tiene el hijo no deseado y la respeta, pero pide ese mismo respeto por la mujer que no tiene la creencia religiosa, porque antepone el valor de la dignidad del ser humano por sobre el obligar a la mujer a engendrar un hijo contra su voluntad.

Añade que ha sido criado en el principio de la libertad del ser humano, libertad para escoger religión, para educarse, vivir y pensar y, sobretodo, en el respeto a los demás, por eso pide que ésta no sea una Constitución para católicos observantes o protestantes observantes, porque sería una religión oficial, sino para todos los habitantes, sean o no católicos.

La ley protege la vida del que está por nacer, no obsta al juego de derechos: vida de la madre y existencia del hijo, salud de la madre, ya no la vida y existencia del hijo, dignidad de la madre y su familia, normas sobre matrimonio, normas sobre violación.

Juego de derechos e interrelación de normas.

Derecho a la vida, derecho a la vida del que está por nacer, derecho a la salud.

Se adiciona Enrique Ortúzar: derecho a la vida e integridad física y moral y derechos de la mujer (planteado en sesión anterior).

Para Jorge Ovalle es el legislador el que debe resolver la confluencia de derechos, tomando en consideración la comunidad que él representa.

Jaime Guzmán: la religión es algo que no se puede imponer; pero la ley moral natural, entendida como el conjunto de normas reveladas por Dios, que ayudan al hombre a encontrar el correcto resultado; se aplica a todos los seres humanos. Pone un ejemplo, la mayoría de las personas cree que la familia es la célula básica de la sociedad, pero hay doctrinas que no creen en ella, como el Silo y los *hippies*, respecto de ellos también se aplica la ley moral natural. Distinta es la obligación para los católicos de asistir a misa todos los domingos, pero no para los no católicos.

El ser humano debe estar sujeto a la ley moral natural.

La ley jamás puede ser inmoral, pero la autoridad en la aplicación de la ley puede infringirla o no aplicarla por consideraciones superiores o mal menor; aplicado al aborto puede no haber una sanción penal absolutamente en todos a los casos.

Enrique Evans: manifiesta ser católico porque cree en el alma del ser humano y está en contra del homicidio y del suicidio, pero un hombre que no es católico y opta por la vida de su mujer ¿está cometiendo un acto inmoral?, ¿se va a poner en la Constitución que es un pecado?, porque en el fondo eso es lo que se está diciendo. La fe religiosa decide en materia de aborto y no puede proyectarse en una sociedad pluralista, sería ilegítimo que así fuera, porque tiene un profundo respeto por quienes no tienen su fe religiosa.

Enrique Ortúzar: la mujer frente al aborto terapéutico: su conciencia le dice que es aceptable pero su religión le dice que es inaceptable; debe escoger, no es divisible, el ser humano es uno solo. Manifiesta ser católico, pero no católico integral como el señor Guzmán, y ¿dejaría de ser católico porque está de acuerdo con el aborto terapéutico? Si hay una materia que es difícil de desprenderse de la creencia religiosa es precisamente la referida al aborto.

Jaime Guzmán: comprende que el señor Ortúzar opte por la vida de su mujer, pero no hay dos derechos, el único derecho es del hijo que está por nacer, el de la madre no es un derecho es un deseo afectivamente comprensible, la madre moriría como consecuencia de elementos naturales.

Enrique Ortúzar consulta si la inhabilidad absoluta es válida para la legítima defensa o pena de muerte.

No en absoluto -contesta el señor Guzmán-, porque en la legítima defensa la persona va a ser privada de la vida por un acto de otro y se le sanciona; en cambio, la madre va a ser privada de la vida por el curso natural de las cosas, no por un acto de otro, ahí radica toda la diferencia y no puede incurrir en un acto inmoral para evitar el curso natural de las cosas. Son principios de orden natural que se pueden discutir todo lo que se quiera, pero se le debe reconocer una sola cosa, no ha dado un solo argumento de fe.

Enrique Ortúzar Escobar levanta la sesión.

Comentario de las posturas expuestas

De las posturas anteriormente expuestas una de mayoría y otra de minoría, se deducen dos enfoques multidisciplinarios: enfoque filosófico-religioso y enfoque jurídico del que se distingue en cuanto a su interpretación y en cuanto a su aplicación.

Enfoque filosófico-religioso. Postura de mayoría: la fe religiosa decide en materia de aborto, puede no coincidir con la conciencia de la persona. Pone el énfasis en la libertad del ser humano.

Enfoque filosófico-religioso. Postura de minoría: la fe religiosa no incide en materia de aborto. Pone el énfasis en la sujeción del ser humano a la ley moral natural.

Enfoque jurídico. Postura de mayoría: en cuanto a su interpretación, se basa en la interrelación de normas (derecho a la vida, del que está por nacer, derecho a la salud, a la integridad física y moral y derechos de la mujer), confluencia de derechos que debe resolver el legislador. En cuanto a su aplicación, la ley como manifestación de la voluntad soberana que según lo manifestado por la Constitución manda prohíbe o permite, constituyen tres elementos objetivos que la autoridad debe cumplir, garantiza la igualdad ante la ley y favorece los derechos de la mujer.

Enfoque jurídico. Postura de minoría: en cuanto a su interpretación, se basa en la jerarquización y segmentación de normas, derecho a la vida en forma aislada. En cuanto a su aplicación, la ley prohibitiva si la autoridad es permisiva infringe la ley, debe además hacer una valoración subjetiva de lo que significa consideraciones superiores o mal menor, que podrá no coincidir con el de otra autoridad, debido a que o no es permisiva o de serlo, el ámbito de extensión es distinto, más amplia o más restrictiva. Conlleva a la desigualdad ante la ley y conculca los derechos de la mujer.

88ª Sesión de la Comisión Constituyente del 19 de noviembre de 1974

Profesor Invitado José Luis Cea Egaña.

Manifiesta su desacuerdo con la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos que legalizó el aborto.

El derecho a la vida es el más fundamental de los derechos y está consagrado en la mayoría de las constituciones, en aquellas que no lo está va implícito dicho derecho.

Señala que se debe contemplar en la Constitución el derecho a la vida y reglamentar en el Código Penal el aborto terapéutico y proscribir el aborto no terapéutico; le parece que esa puede ser la solución.

Enrique Evans: el profesor Cea es partidario de una disposición flexible sobre la materia.

Enrique Ortúzar: es coincidente con algunos miembros de la Comisión.

Más adelante agrega si se establece el derecho a la vida, se debe contemplar como excepción el aborto terapéutico, según la mayoría de la Comisión, y es procedente el aborto en caso de una violación brutal a la madre, por cuanto se viola el derecho humano de la propia madre.

90ª Sesión de la Comisión Constituyente del 25 de noviembre de 1974

Alejandro Silva Bascuñán: pide que no se coloque nada de aborto en la Constitución.

Jaime Guzmán: el silencio lo entiende como un simple silencio, que la Comisión estimó oportuno por razones de legítima prudencia.

Enrique Ortúzar: el silencio significa que el aborto no se condena, ni se hace permisible en forma explícita; será el legislador el que establezca en qué caso protege la vida del que está por nacer.

Alejandro Silva Bascuñán: existe un encargo al legislador, que puede ser explícito o implícito, en este caso es implícito.

Mas adelante, señala que la ley que protege la vida del que está por nacer es un buen argumento para que el legislador no abra la posibilidad a una legalización excesiva del aborto.

Jorge Ovalle: para que el legislador justifique el aborto se requiere acopio de antecedentes, informes técnicos y estudioso concretos; pero no debe tener la liberalidad de los países nórdicos, porque es deseo del constituyente que se considere en forma restrictiva.

Enrique Evans: frente a un drama horrendo de un padre que debe escoger entre la vida de su mujer o hijo, agrega más adelante, se establezca una norma flexible que no sancione penalmente el aborto terapéutico.

Solicita que quede en acta lo señalado por él y por Silva Bascuñán.

Enrique Ortúzar: si se produjere una violación masiva de alumnas en una escuela o si a su propia hija la violara un degenerado, anormal o delincuente, autorizaría el aborto en ese caso.

A continuación, solicita el asentimiento de la Comisión para que queden en acta las opiniones vertidas por cada uno de sus integrantes, incluidas las observaciones de los señores Silva Bascuñán y Evans.

Acordado.

Jaime Guzmán: deja testimonio de su opinión convencida y contraria al precepto aprobado, que la Constitución no tome definición en esta materia, deplora el desenlace del debate, que la Comisión y la Constitución no tomen definición en el sentido que él ha patrocinado, no se pliega a ninguna de las interpretaciones de mayoría, lamenta haber quedado en minoría en un asunto tan importante pero no va a insistir más en ello.

Comentario de las posturas expuestas

El voto de mayoría establece que la ley protege la vida al que está por nacer, esto es, el legislador dispondrá en que caso protege la vida al que está por nacer, hay un encargo al legislador por el constituyente, incluye causales: genérica (es un buen argumento para que el legislador no abra la posibilidad a una legalización excesiva del aborto, es deseo del constituyente se considere en forma restrictiva) y específicas (aborto terapéutico y violación); se basa en el principio de lo relativo al menos en sus inicios.

El voto de mayoría no es unánime, pero es único, toda vez que el voto de minoría es de oposición y rechazo al precepto aprobado, fundado en que debe limitarse el precepto únicamente al derecho a la vida, no en cambio consignar todo tipo de protección al que está por

nacer, porque en el fondo favorece más a la madre que al que está por nacer.

Simbólicamente, se aprobó un 25 de noviembre, el día de la no violencia hacia la mujer, dando un paso significativo en favor de dicha causa por el voto de mayoría de la Comisión Constituyente.

94ª Sesión de la Comisión Constituyente del 12 de diciembre de 1974

A instancia de Jaime Guzmán, Jorge Ovalle propone nueva redacción: la ley protege la vida del ser que está por nacer.

Alejandro Silva Bascuñán apoya la modificación, por cuanto hace explícito lo que estaba implícito.

Jaime Guzmán: pone énfasis en que se trata de un ser que tiene existencia desde la concepción.

Enrique Ortúzar solicita el asentimiento de la Comisión para aprobar el texto propuesto.

Acordado.

280ª Sesión de la Junta Militar del 3 de septiembre de 1976

Preside el General Augusto Pinochet Ugarte, quien señala, hay observaciones.

Enrique Ortúzar: la ley protege la vida del ser que está por nacer.

Miguel Schweitzer, Ministro de Justicia: es redundante, no tiene sentido; del que está por nacer sí lo tiene.

Capitán de Navío de Justicia Sergio Rillón y miembro de la Primera Comisión Legislativa: va implícita la idea del ser.

Jaime Guzmán: nos dimos cuenta de la redundancia, pero quisimos reafirmar que se trata de un ser que tiene existencia desde la concepción, por eso quisimos dejar la cacofonía.

Miguel Schweitzer: perdóneme, pero eso es lo que dice el Código Civil, la ola abortiva no niega la existencia del ser que está por nacer, pero el aborto terapéutico es lícito, es legítimo, siempre ha sido así.

General Augusto Pinochet: al que está por nacer la ley lo protege, pero en un caso no hay nada que hacer, la madre o el hijo.

Jaime Guzmán: frente a una interpretación así, la madre podrá invocar el derecho a la vida y la integridad de su persona. Da para que el legislador establezca esto como quiera. La madre podrá alegar el inciso primero, que el legislador decida.

Miguel Schweitzer postula la legitimidad del aborto en caso de violación a la madre, ya que tiene derecho a no ser estigmatizada por el hijo.

Mónica Madariaga, Asesora del Presidente: qué culpa tendría ese hijo.

Miguel Schweitzer: tampoco tiene culpa la madre que es víctima de un delito, eso es algo que se va a legislar.

Coronel de Aviación de Justicia Julio Tapia Falk, miembro de la Segunda Comisión Legislativa: “La ley protegerá”, no puede limitarse más por ley.

Enrique Ortúzar: no, porque lo ha entregado al legislador.

Mónica Madariaga: pero le ha dado orden al legislador de que lo haga.

Enrique Ortúzar: pero le ha dejado tal amplitud que él verá cómo y cuando debe proteger.

Almirante José Toribio Merino: de la forma como está redactado en el Acta Constitucional, se manifiesta en la ley que el aborto no se realice, nada más que en casos debidamente calificados.

General Gustavo Leigh: manifiesta ser opositor al aborto, esta es una de las materias que iba a proponer sacar, si los eruditos no se ponen de acuerdo adentro, es de imaginar como va a ser afuera, si está en los Códigos, para qué colocar esta cuña en la Constitución, una cuña de duda.

Enrique Ortúzar: le diré la razón porqué se consignó; si solo se colocara el derecho a la vida, se podría interpretar de la siguiente manera: nos oponemos a todo tipo de aborto, incluso del aborto terapéutico.

La ley protege la vida del que está por nacer. El legislador verá como salva el problema.

Coronel de Ejército de Justicia Fernando Lyon, Subjefe Legislativo del Comité Asesor de la Junta Militar: concluye ahí no habría problema.

Comentario de las posturas expuestas

La Junta Militar, en el ejercicio de la potestad constituyente, ratifica la 86ª, 87ª, 88ª y 90ª sesiones de la Comisión Constituyente, pero no la 94ª sesión, por cuanto revoca lo aprobado en ésta y repone la norma originaria, referida a: “la ley protege la vida al que está por nacer”, esto es, será el legislador quien determinará en qué caso protege la vida al que está por nacer, dado que hay una orden al legislador por el constituyente, incluye causales: genérica y específicas (aborto terapéutico y violación); se basa en el principio de lo relativo al menos en sus inicios.

Para la postura de minoría, frente a una interpretación así, la madre podrá invocar el derecho a la vida o la integridad de su persona, da para que el legislador establezca esto como quiera.

En marzo de 1977, renuncian a la ahora renombrada Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, los señores Silva Bascuñán y Evans, y en mayo el señor Ovalle.

407ª Sesión Comisión de Estudios Nueva Constitución 9 de agosto de 1978

Preside el señor Enrique Ortúzar Escobar y asisten la señora Alicia Romo y el señor Gustavo Lorca, y la señora Luz Bulnes Aldunate y los señores Juan de Dios Carmona y Raúl Bertelsen, estos tres últimos reemplazantes de los renunciados.

Actúa como Secretario el Prosecretario Rafael Larraín.

Jaime Guzmán propone indicación: no es menos que ya en la vida intrauterina el ser tiene una existencia real que debe serle reconocida. Se constitucionaliza así una norma que por lo demás contempla el Código Civil desde su dictación.

Raúl Bertelsen juzga peligrosa la indicación porque reconoce la vida de un ser que se encuentra en una probeta.

Jaime Guzmán replica que se salva expresando no es menos que ya antes de éste, el ser tiene una existencia real que debe serle reconocida.

Raúl Bertelsen estima que esta sugerencia es una perogrullada y que prefiere el primitivo texto propuesto por la Mesa.

Enrique Ortúzar discrepa de esta indicación, porque al señalar que se constitucionaliza así una norma que por lo demás contempla el Código Civil desde su dictación, se está dando un alcance que la Comisión no consideró.

Mas adelante, señala que estima indispensable dejar entregada al legislador la protección de la vida al que está por nacer.

Raúl Bertelsen hace presente que no le fue posible intervenir en la discusión, de manera que solicita eliminar la parte en estudio.

Constancia

De conformidad a lo señalado precedentemente, se ratifica lo aprobado por la Comisión Constituyente en las sesiones 86ª, 87ª, 88 y la 90ª, en concordancia con la 280ª sesión de la Junta Militar.

58ª Sesión del Consejo de Estado del 12 de diciembre de 1978

Presidente Jorge Alessandri, Vicepresidente Gabriel Gonzalez Videla, Secretario Rafael Valdivieso, Prosecretario Arturo Marín.

Enrique Ortúzar, quien también es consejero de estado, explica porqué se ha establecido el derecho a la vida del que está por nacer, el que aparece contemplado en la Declaración de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Juvenal Hernández tiene dudas de la conveniencia de trasladar una norma de derecho privado a la Constitución. Teme que esta innovación va dar lugar a debates desaconsejables.

A esta observación, formulan comentarios los señores Pedro Ibáñez, Julio Philippi, Vicente Huerta y Juan Antonio Coloma.

Enrique Ortúzar insiste en la conveniencia de aprobar la norma propuesta y que como ya dijo, está contenida en la Declaración de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Después de un breve debate, se aprueba el inciso primero propuesto por el señor Ortúzar por once votos contra seis.

Los señores Humberto Nogueira, Emilio Pfeffer, Mario Verdugo y Neville Blanc en su libro “La Constitución Chilena Tomo 1”, señalan que el señor Pedro Ibáñez al releer el presente texto, manifestó estar de acuerdo con el voto de mayoría, a proposición del señor Ortúzar.

Decreto ley promulgatorio de la Constitución Política, 8 de agosto de 1980

El decreto ley N° 3.464, entre sus considerandos, señala:

La Junta de Gobierno en ejercicio de la potestad constituyente, ha acordado aprobar como nueva Constitución Política de República de Chile, sujeta a ratificación por plebiscito.

Capítulo III de los Derechos y Deberes Constitucionales

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

1° El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer.

Comentario al texto aprobado

La Constitución se publicó el 11 de agosto de 1980, sujeta a ser ratificada por plebiscito, entró en vigencia el 11 de marzo de 1981, tanto en el texto positivo como en la interpretación normativa establecida por la propia Junta Militar, la Comisión Constituyente en la medida que fuere ratificada por aquella y lo propio el Consejo de Estado, como norma general.

Específicamente, en el artículo 19 de la Constitución contiene la siguiente norma: “la ley protege la vida del que está por nacer”. Al respecto, hay que tener presente que la ley se origina en el legislador que la crea, siendo ese el principio básico que rige la norma constitucional, es el legislador quien tiene el grado de discrecionalidad para establecer en qué casos protege la vida del que está por nacer y en base a qué principios; se trata de un encargo al legislador aun implícito (señalado en la Comisión Constituyente), e incluso de una orden al legislador (señalado en la Junta Militar), sin perjuicio de las limitaciones o restricciones impuestas al legislador (señalado en una y otra instancia mencionada).

Aplicado a lo señalado precedentemente, dentro de ese grado de discrecionalidad incluye causales específicas expresamente mencionadas (cuando está en peligro la vida o salud de la madre o si ella fue víctima de violación) y un principio (lo relativo al menos en sus inicios); será

el constituyente quien otorga la autorización para que el legislador sea permisivo en ciertos casos como los ya nombrados, y prohibitivo en otros; a su vez, no autoriza causales de amplia liberalidad, sino acotadas a ciertos casos; es ésta una postura mayoritaria no unánime pero única al interior de la Comisión Constituyente y la Junta Militar; en contraposición con la postura minoritaria no lo es de una interpretación distinta al texto refrendado, sino de oposición y rechazo a la norma jurídica positiva aprobada, fundado en que debe limitarse el precepto únicamente al derecho a la vida, sin otra norma complementaria que permita una relativización de la norma aprobada, lo que sería el caso del inciso primero del precepto constitucional en comento. Debe además tenerse en cuenta la interrelación normativa mencionada como el de los derechos de la mujer y las que también se incluyen en el texto constitucional positivo mismo, como el derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la salud, vienen a reforzar la confluencia de derechos en su aplicación práctica; la que se concreta en la ley respectiva, que como ya se mencionó, se origina en el legislador por encargo u orden del constituyente en términos restrictivos y no amplios.

Por su parte el artículo 119 del Código Sanitario señalaba, al momento de la puesta en vigencia de la Constitución, que solo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo; se refiere a cuando está en peligro la vida de la madre. Se trata de una norma legal que de conformidad al texto constitucional aprobado y su correlativa interpretación, queda comprendida dentro de las autorizaciones y limitaciones dadas por el constituyente. De igual forma lo sería de haberse incluido además cuando se afectara no solo la vida, sino la salud de la madre o ella fuera víctima de violación, por cuanto unas y otras causales serían parte del ámbito de aplicación dentro de las propias restricciones que el constituyente ha establecido.”.

El texto del segundo documento del señor Estradé-Brancoli es el que sigue:

“Derogación aborto terapéutico

Resumen Actas

Comisión Conjunta y Junta Militar

Presentación proyecto de ley el 6 de julio de 1989

El Almirante José Toribio Merino presentó proyecto de ley: en su artículo primero, para reemplazar el artículo 342 del Código Penal, el que maliciosamente interrumpiere y el que consintiere que otro interrumpa el proceso de gestación, se le impondrá la pena de presido mayor en su grado mínimo, y aumentado en un grado al personal médico y

paramédico que abusare de su oficio; en su artículo segundo para reemplazar el artículo 119 del Código Sanitario, el que se refiere al médico, matrona u otro profesional médico no podrá ejecutar acción alguna destinada a producir la interrupción del proceso de gestación, salvo las que provoquen indirectamente la muerte del feto.

Sesión de la Junta Militar del 12 de julio de 1989

El Secretario de Legislación de la Junta Militar, Contralmirante Mario Duvauchelle, hace una relación del proyecto de ley.

El Almirante José Toribio Merino propone que pase a la Segunda Comisión Legislativa con el asentimiento de los Generales Rodolfo Stange, Fernando Matthei y Teniente General Humberto Gordon.

Informe de la Comisión Conjunta del 13 de enero de 1989

Primera Comisión Legislativa

Presidente Almirante José Toribio Merino, integrado, entre otros, por Contralmirante Mario Duvauchelle, Contralmirante Germán Toledo, Capitán de Navío Rodolfo Camacho, Capitán de Navío Adolfo Latorre, Capitán de Fragata de Justicia Armando Sánchez, Capitán de Fragata de Justicia Julio Lavín.

El que está por nacer desde la concepción tiene el mismo valor jurídico que el que ya nació.

El Código Sanitario autoriza el aborto terapéutico, pero el proyecto jamás, porque no es lícito provocar la muerte del embrión.

Aprueba la idea de legislar.

Tercera Comisión Legislativa

Presidente General Rodolfo Stange, integrada, entre otros, por General Manuel Ugarte, Teniente Coronel de Justicia Harry Grünewaldt, Sergio Stone.

Es de opinión que la protección de la vida del que está por nacer quede entregada a la ley, y que es imposible equiparar la vida dependiente a la independiente, pues tienen valor jurídico pero con connotaciones distintas.

El proyecto elimina la indicación terapéutica; por el contrario, debe perfeccionarse y para casos excepcionales contemplar la violación a la madre, tal como lo hacen algunas legislaciones.

Rechaza la idea de legislar.

Segunda Comisión Legislativa

Presidente General Fernando Matthei, integrada, entre otros, por Coronel Alberto Varela (jefe de gabinete de la Fuerza Aérea), Comandante de Grupo de Justicia Pedro Canals, Miguel González Saavedra, Jaime Illanes, Carlos Cruz-Coke.

El que está por nacer se encuentra amparado por la garantía constitucional.

No resuelve el problema por la vía de aumentar las penas.

Es necesario investigar las razones que llevan a abortar.

Rechaza la idea de legislar.

Cuarta Comisión Legislativa

General de Armas Brigadier General Javier Salazar, integrada, entre otros, por Coronel Ricardo Izurieta Caffarena, Coronel Eugenio Videla, Teniente Coronel Eleazar Vergara, Teniente Coronel Juan Carlos Salgado, Marcela Hozvén, Luis Duco, Vasco Costa, Javier Rosselot, Jorge Correa Fontecilla.

La tendencia mundial va hacia la despenalización del aborto.

La rigurosidad de la ley no conseguirá el efecto deseado, sino solo aumentar el riesgo del aborto clandestino.

Rechaza la idea de legislar.

En consecuencia, habiendo tres comisiones que manifiestan su oposición al proyecto, la Comisión Conjunta rechaza la idea de legislar.

Comentario de las posturas expuestas

La postura de mayoría da un enfoque macrosociojurídico; el aumentar la rigurosidad de la ley, esto es, a mayor represión mayor aborto clandestino, produce el efecto inverso al deseado, es decir, tiene como resultado la ineficacia de la ley. El problema debe enfocarse en entender las razones que llevan a abortar, las políticas públicas para abordar el problema y, por consiguiente, si peligra su vida o su salud, o ha sido víctima de violación, no aplicar una sanción penal y permitir el aborto en esas circunstancias, debido a que son situaciones límites en que se encuentra la mujer de no exigibilidad de otra conducta. Las circunstancias señaladas precedentemente son acordes con la norma positiva aprobada por la Comisión Constituyente en su voto mayoritario no unánime pero único y ratificada por la Junta Militar (en ejercicio de la potestad constituyente), tanto en el texto positivo aprobado en la Constitución: “la ley protege la vida del que está por nacer” como de su interpretación normativa en ambos organismos, igual concordancia en la revisión efectuada en el Consejo de Estado también en voto de mayoría, coincidiendo los tres órganos en que debe ser el legislador quien establecerá en que caso se deberá proteger la vida del que está por nacer; dejando abierta la posibilidad de ser permisiva en algunos casos y prohibitiva en otros. En consecuencia, el informe oficial de la Comisión Conjunta, esto es, de la Segunda Comisión Legislativa, Tercera Comisión Legislativa y Cuarta Comisión Legislativa que la conforman, genera un nexo causal con los tres órganos que establecieron la norma constitucional aprobada.

La postura de minoría da un enfoque microjurídico; focaliza su atención en forma exclusiva en la represión al aumentar la penalidad del aborto, y de prohibirla en todas las circunstancias en el Código Sanitario, fundado en la inexistencia de la situación del aborto terapéutico; lo que significa que deja de lado la debida protección a la madre cuando se encuentra efectivamente en peligro su vida, por cuanto si hay evidencia de esa situación. En esa línea, aunque la Primera Comisión Legislativa formalmente sostenga que lo hace de conformidad con la norma constitucional aprobada, en los hechos toda la argumentación del proyecto de ley así como en sus informes, va en la línea del voto de minoría de la Comisión Constituyente en orden a que se debía admitir sólo aquella norma constitucional “limitativa únicamente al derecho a la vida” y “de no consignar todo tipo de protecciones al que está por nacer, porque favorece más a la madre que al que está por nacer”, en la práctica, aunque ello implique afectar o poner en peligro la vida de la madre.

Ambas posturas son antagónicas, las que deberán ser vistas en la Junta Militar como órgano legislativo.

Sesión de la Junta Militar del 18 de abril de 1989

El Almirante José Toribio Merino propone aprobar la idea de legislar.

El General Fernando Matthei señala: de estudiar la idea de legislar.

El General Rodolfo Stange y el Teniente General Santiago Sinclair son partidarios de estudiar la idea de legislar.

Almirante Merino: sí eso, estudiar la idea de legislar.

Hugo Rosende Ministro de Justicia: qué significa estudiar la idea de legislar.

General Matthei: significa si hay o no idea de legislar.

Hugo Rosende: señor Almirante, quedan de manifiesto las bondades del proyecto, el estudio está agotado según informe de la Comisión Conjunta.

General Matthei: decidimos que vamos a seguir estudiando.

El proyecto vuelve a Comisión.

Sesión de la Junta Militar del 1 de agosto de 1989

El Secretario de la Junta Militar Coronel Walter Mardones da a conocer carta oficio N° 685, del 20 de julio de 1989, del Obispo de Rancagua Jorge Medina Estévez, la que en lo sustantivo solicita aplicar al aborto criminal las penas del homicidio y derogar pura y simplemente el artículo 119 del Código Sanitario.

Almirante José Toribio Merino: se recibe y se agradece.

Primer Informe Complementario de la Comisión Conjunta del 16 de agosto de 1989

La Primera Comisión Legislativa retira la parte que modifica el Código Penal elevando las penas correspondientes al aborto, para dejar vigente la actual punibilidad establecida en el Código Penal.

Dicha Comisión propone la siguiente redacción para reemplazar el artículo 119 del Código Sanitario: “No podrá ejecutarse ninguna acción directa destinada a provocar un aborto.”.

La Comisión Conjunta lo somete a consideración de la Junta Militar.

Sesión de la Junta Militar del 17 de agosto de 1989

El Almirante Merino ofrece la palabra a Miguel González Saavedra.

Miguel González Saavedra: la normativa actual solo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo, contempla el aborto terapéutico como causal de justificación por el ejercicio legítimo de un deber o derecho.

Con la modificación propuesta en el proyecto de ley, no podrá ejecutarse ninguna acción destinada a provocar un aborto, el aborto terapéutico pasa a ser una conducta típica y antijurídica, fundado que en la actualidad sería inexistente.

Hugo Rosende Subiabre, Ministro de Justicia: los procedimientos médicos empleados para salvar la vida de la madre que causen la muerte del feto, sea el resultado no buscado ni deseado, es legítimo en virtud del principio del doble efecto. Situación completamente distinta la del aborto terapéutico, en la cual la muerte del feto es el medio conducente a la salvación de la vida de la madre.

General Fernando Matthei: en uno de los embarazos de mi mujer, el médico tuvo que provocar un aborto y después se vio que tenía una grave malformación al riñón, estaba francamente enfermo, y probablemente habría causado la muerte de mi mujer. Reitero, hubo que provocar un aborto. Yo pregunto ¿eso es delito? ¿ahora lo sería?

Los Generales Santiago Sinclair y Rodolfo Stange señalan que constituiría delito.

General Fernando Matthei: fue una acción directa para salvar a mi mujer, hubo que provocar el aborto.

Igualmente, hoy día no se podría realizar el aborto. Y tampoco se puede sanar al feto. Por lo tanto hay que dejar morirse a la madre.

Más adelante agrega: en el ejemplo que di, nosotros no queríamos evitar ese hijo, que habría sido el tercero -después tuvimos cinco-, o sea de ninguna manera deseábamos provocar el aborto; sin embargo, el médico decidió que era absolutamente necesario intervenir y hacerlo. Me lo explicó. No me pidió una autorización, sino que me dijo: “tengo

que hacerlo". Esa es la realidad. Ahora no lo podría hacer. Si provoca el aborto sería delito.

Juan Giaconi, Ministro de Salud: sí, constituiría delito como acción directa.

General Rodolfo Stange: ¿cuándo no es directa?

Juan Giaconi: hay tratamientos que hacen abortar a las mujeres. Si una señora está con cáncer de mama o con otro en el cuello del útero y, simultáneamente, está embarazada y es sometida a drogas, podrá abortar y con seguridad lo hará. Eso no constituiría delito porque, indirectamente, ella abortó como causa del tratamiento.

Capitán de Fragata de Justicia Armando Sánchez: el texto sometido a aprobación de la Junta: No se podrá ejecutar acción alguna directa destinada a provocar el aborto; debe ser una acción directa.

Más adelante agrega: inicialmente, se pensó en que existía la necesidad de mantener un aborto terapéutico restringido. Y la opinión unánime de los médicos, acompañada al proyecto, fue que no existe en la actualidad.

General Fernando Matthei: no es así. Quiere decir que depende de los médicos a quienes se consultó. Los de mi Comisión dicen no estar de acuerdo con la iniciativa, como Francisco Quesney, cuya opinión es tan legítima como cualquier otra.

Juan Giaconi: hace veintiún años que no se practica un aborto terapéutico en la Clínica de la Universidad Católica.

General Fernando Matthei: ¿y eso es efectivo en todo el país?

Juan Giaconi: de acuerdo a nuestros registros, hace ocho años que no se practica en hospitales del Estado. Más adelante agrega: en clínicas privadas sí se hace pero no tengo estadísticas.

Capitán de Fragata Armando Sánchez: la única razón que tiene es no permitir que hoy se realice legalmente en hospitales y clínicas privadas.

General Rodolfo Stange: yo deseaba algo intermedio: nombrar comisiones de ética médica que vean cuando haya que hacer algunos de estos abortos, por ejemplo, por una violación.

General Fernando Matthei: no se puede hacer mediante este proyecto.

General Rodolfo Stange: no, por medio de esta iniciativa no.

Juan Giaconi: pero yo tengo facultades para crear comisiones de ética en los hospitales.

General Rodolfo Stange: a través de este proyecto ya no hay posibilidad alguna.

Almirante José Toribio Merino: ¿habría acuerdo en firmar la iniciativa? Yo estoy de acuerdo.

Teniente General Santiago Sinclair: de acuerdo.

General Rodolfo Stange: soy partidario de darle otra vuelta Almirante. No, así de tajante, no.

Almirante José Toribio Merino: desde el año pasado que estamos en esto.

General Fernando Matthei: considero legítimo dejar pensar al General Stange y no presionarlo.

Almirante José Toribio Merino: solo le estoy preguntando.

General Fernando Matthei: ¿cuántos abortos se efectúan en un año?

Juan Giaconi: veintidós mil en un año e indudablemente, hay que terminar de hacérselos en el hospital, debo decirlo en forma franca, pues no se puede dejar a la persona sangrando.

General Fernando Matthei: ¿y eso se puede erradicar con esta ley?

Juan Giaconi: eso es absolutamente imposible.

General Fernando Matthei: entonces, no tendrá ningún efecto práctico.

Almirante José Toribio Merino: pero se continúan haciendo.

General Fernando Matthei: y se seguirán realizando.

Almirante José Toribio Merino: cien mil al año.

General Rodolfo Stange: yo proponía una redacción que dijera: “No podrá ejecutarse ninguna acción directa destinada a provocar un aborto, salvo aquellas de carácter gineco-obstétrico que sean necesarias y urgentes para evitar la muerte de la madre.”.

Almirante José Toribio Merino: eso es lo mismo que establecía la ley anteriormente.

General Rodolfo Stange: “Las acciones gineco-obstétricas serán calificadas por comisiones médicas nombradas por el Ministerio de Salud en cada región.”.

Almirante José Toribio Merino: ese texto es igual que el del artículo 119.

General Rodolfo Stange: no, es diferente.

General Fernando Matthei: el aborto se seguirá produciendo igual; y por el prestigio de la Junta, que no pase lo del Arzobispo de Valparaíso (se refiere a Emilio Tagle Covarrubias) cuando prohibió los bikinis, las niñas se fueron a la playa siguiente. Cuando se promulgan leyes que no se cumplen, se desprestigia todo el sistema legal del país.

Almirante José Toribio Merino: no, ese es su criterio, pero no el mío. No estamos procediendo igual como el Arzobispo. Frente a gente que ejecuta el aborto estamos poniendo una norma legal que lo transforma en delito. Las personas tendrán más cuidado de realizarlo porque eso significa cárcel

General Fernando Matthei: estoy dispuesto a firmarlo, pero no me gusta.

Almirante José Toribio Merino: no todas las cosas nos gustan, pero hay algunas que son necesarias para la vida del país.

General Fernando Matthei: no le veo ninguna necesidad, ya que no resuelve el problema. El aborto se seguirá produciendo.

El proyecto vuelve a Comisión.

del 21 de agosto de 1989

La propuesta de la Primera Comisión Legislativa, que la Comisión Conjunta somete a consideración de la Junta Militar es del siguiente tenor: “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto.”.

Antecedente del Relator Miguel González Saavedra en el que deja constancia del rechazo a la idea de legislar de la Comisión Conjunta, por las mismas razones antes expuestas, la que volvió a concluir en la necesidad de mantener en el Código Sanitario el aborto terapéutico para casos excepcionalísimos.

Sesión de la Junta Militar del 22 de agosto de 1989

Almirante José Toribio Merino: ¿habría acuerdo sobre lo propuesto?

Teniente General Santiago Sinclair: hay acuerdo.

General Rodolfo Stange: de acuerdo.

General Fernando Matthei: no tengo problema.

Almirante José Toribio Merino: se aprueba.

Comentario al texto aprobado

En la discusión del proyecto de ley derogatorio del aborto terapéutico, en forma expresa se señaló la diferencia del aborto indirecto, que de conformidad al proyecto de ley puede realizarse, por cuanto se refiere al aborto como resultado no querido ni buscado y que es consecuencia de un tratamiento de una enfermedad que afecta a la mujer embarazada; distinto es el aborto terapéutico entendido como medio el dar muerte al feto para salvar la vida de la madre.

En la discusión se planteó aceptar modificar el texto propuesto, pero con la salvedad de excepcionar las medidas gineco-obstétricas necesarias y urgentes para salvar la vida de la madre, lo que fue rechazado; lo cual es concordante con la diferenciación tajante entre el aborto indirecto y el directo cuando está en riesgo la vida de la madre, para efectos de punibilidad que afectaría únicamente la segunda situación.

Si bien en sus fundamentos se sostuvo que el aborto terapéutico no existía ya en ese momento, dado que no se practicaría en ciertos establecimientos hospitalarios, sí consta en el debate que se practica en establecimientos clínicos; además, es discutible por otro motivo,

por cuanto la opinión médica está dividida, dado que ciertas enfermedades sí ponen en riesgo la vida o la salud de la madre como consecuencia del embarazo, tal como quedó demostrado en la cónyuge de uno de los integrantes de la Junta Militar, quedando constancia en acta.

Lo anteriormente señalado reconoce como cierta esta última posibilidad, esto es, un virtual dolo eventual legislativo de resultado por la muerte de la madre embarazada.

También se abordó otra de las causales: la de la violación, que si bien fue propuesta dentro del marco de comisiones de ética médica en los hospitales, se rechazó igualmente, lo que es concordante con el rechazo ya expuesto en relación al peligro de la vida de la madre.

Al imponerse la opinión minoritaria de la Primera Comisión Legislativa y de la mitad de los miembros de la Junta Militar para rechazar toda propuesta de excepción a la prohibición absoluta, basa su interpretación no en la postura de mayoría de la Comisión Constituyente y la Junta Militar, para admitir situaciones de excepciones que autoricen el aborto en ciertos casos, considerando la interrelación normativa de diferentes derechos: vida, salud, integridad física y psíquica, entre otros; sino en la que no fue aprobada limitar el precepto únicamente al derecho a la vida, la que de haberse aprobado podría haber admitido la interpretación de prohibir el aborto en todos los casos, aunque peligrare la vida de la mujer, y fue justamente esta normativa minoritaria además así reconocida por quien la sustentaba, la inspiración de la ley derogatoria del aborto terapéutico.

Por las razones expuestas, la ley derogatoria del aborto terapéutico va en la línea contraria a lo aprobado en el texto positivo de la Constitución y su consiguiente interpretación normativa; es, por ende, inconstitucional.

A la presentación de proyectos de ley de diversos Parlamentarios/as que sirven como antecedente, entre los que se destacan Carmen Ibáñez, Arturo Longton, Osvaldo Palma, Evelyn Matthei, Gabriel Ascencio, Gabriel Silver, Aldo Cornejo, Carlos Abel Jarpa, Marco Espinosa, Adriana Muñoz-D'Albora, María Antonieta Saa, Jaime Quintana, Guido Girardi, Fulvio Rossi, Juan Pablo Letelier, René Alinco, Marco Enríquez-Ominami, entre otros. El actual proyecto de ley presentado por S.E. la Presidenta de la República señora Michele Bachelet y las Ministras de Salud, Carmen Castillo, y de la Mujer y la Equidad de Género, Claudia Pascual, en orden a permitir el aborto por causales específicas: poner en peligro la vida de la madre, inviabilidad letal del feto y violación a la madre, se circunscribe dentro de los límites establecidos por la Comisión Constituyente, la Junta Militar en el ejercicio de la potestad constituyente y el Consejo de Estado, por cuanto el contenido de dicho proyecto de ley es aún mas restrictivo que las establecidas en el órgano constituyente respectivo.

Por todas las razones expuestas el proyecto de ley en trámite legislativo es constitucional.”.

A continuación, hizo uso de la palabra **el abogado asesor parlamentario de la Biblioteca del Congreso Nacional, señor Matías Meza-Lopehandía,** quien agradeció la invitación de la Comisión a participar en este debate, señalando que su exposición versaría sobre el aborto en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos.

Comenzó explicando que la cuestión del aborto ha sido abordada por el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente por los órganos de tratados y por los tribunales internacionales. Agregó que los diversos tratados de derechos humanos reconocen el derecho a la vida, aunque no siempre son claros respecto a su alcance e intensidad.

Sostuvo que la interpretación sistemática de dichos instrumentos establece en forma contundente que el derecho internacional protege la vida del que está por nacer, aunque dicha protección no es absoluta. En particular, afirmó que los trabajos preparatorios de los diversos tratados estudiados apuntan a que el debate sobre el aborto estuvo presente en ellos y que la redacción definitiva de los textos se hizo de manera que fuera compatible con las legislaciones más permisivas en materia de aborto, incluyendo la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de Derechos del Niño.

Indicó que las recomendaciones y decisiones de los órganos de tratados y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos están contestes en que la protección del *nasciturus* cede frente a los derechos de la mujer, particularmente cuando está en juego su vida, salud, dignidad y autonomía. De ahí, dijo, que dichos organismos adviertan a los Estados sobre la necesidad de legalizar el aborto bajo determinadas circunstancias, esto es, el riesgo para la vida de la madre, la violación, el incesto y la grave malformación del feto.

Destacó que en Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declinado pronunciarse sobre el punto, aduciendo la falta de un consenso europeo y otorgando así un amplio margen de apreciación a los Estados para determinar cuándo comienza la vida humana. Esto, sin perjuicio de que reconoce lo que la doctrina identifica como un derecho procedimental al aborto, esto es, el derecho al acceso al mismo cuando este es legal, además de que, en ningún caso, la protección al nonato puede ser absoluta.

Introducción

Apuntó que la interrupción del embarazo y su juridicidad es un asunto que se debate no solo en el ámbito del derecho interno, sino que también ha sido objeto de controversia en el derecho internacional, particularmente en el derecho internacional de los derechos humanos.

Añadió que las posiciones defendidas por diversos sectores van desde quienes sostienen que el derecho internacional proscribe en forma absoluta o cuasi absoluta el aborto, a aquellas que afirman que éste constituye un derecho de la mujer, al menos bajo determinadas circunstancias.

Sin perjuicio de lo anterior, precisó que en esta oportunidad, procurará clarificar qué ha dicho el derecho internacional en esta materia. Para ello, informó que expondría las reglas de interpretación de los tratados y, el especial, el papel que cumplen los órganos de tratados y los tribunales internacionales en la determinación del alcance de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos.

Añadió que en la segunda parte examinaría los principales tratados de derechos humanos, en particular su alcance y la intensidad de la protección que otorgan a la vida humana, además de los límites que dicha protección puede encontrar en los derechos de la mujer embarazada.

Consignó que el presente informe revisa, refunde y sistematiza los informes de la Biblioteca del Congreso Nacional titulados: “El aborto en el derecho internacional de los derechos humanos“ (BCN, 2015 a) y “La protección del nonato y de la mujer embarazada en el derecho internacional” (BCN, 2015 b), elaborados previamente por requerimiento de la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados.

I. Cuestión preliminar: la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos

Reseñó que el derecho internacional se ha caracterizado desde sus orígenes, como un modo de regulación de las relaciones entre Estados soberanos e iguales. Lo anterior explica la lógica contractual que impera en la determinación de los derechos y obligaciones de los Estados. En otras palabras, destacó que un Estado se obliga con otro Estado, o con la comunidad internacional, solo cuando así lo ha consentido.

Consiguientemente, connotó que sus principales instrumentos de interpretación apuntan a examinar el modo en que se expresa la voluntad de los Estados, sea a través de los textos asociados a

determinados instrumentos internacionales o mediante la práctica de los propios Estados.

Ahora bien, enfatizó que en las últimas décadas, y particularmente tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, se ha ido desarrollando una rama específica del derecho internacional, esto es, el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Manifestó que aunque la formación de normas en este ámbito también requiere la concurrencia de la voluntad de los Estados, salvo para el caso de las normas de *ius cogens*, su creación va dando forma a un bloque de derechos cuya vigencia es de interés de toda la comunidad internacional. Indicó que este tránsito ha sido caracterizado como el paso desde un derecho de los Estados a un nuevo derecho de gentes, donde organismos supranacionales crean normas jurídicas y jurisprudencia (Ribera Neuman, 2001), alejándose de la lógica contractualista que históricamente ha configurado el derecho internacional, para abrazar lo que Gardbaum (2009) ha llamado la constitucionalización del derecho internacional, esto es, un derecho más vertical, que crea una suerte de orden público internacional que limita la soberanía de los Estados (Irigoin, 1996; Nogueira, 2000).

Declaró que lo anterior explica algunas de las características particulares del DIDH, como el hecho que cualquier Estado parte pueda denunciar la infracción de una obligación por otro Estado parte, aun cuando se trate de hechos acontecidos en el territorio del este último y sobre sus propios nacionales, o que la infracción de una disposición de un tratado de derechos humanos no libera a la contraparte de sus obligaciones. Asimismo, explica el particular rol que cumplen los órganos de tratados y los tribunales internacionales en la interpretación y determinación del alcance de las obligaciones internacional de derechos humanos. Indicó que, a continuación, se revisaría esta última cuestión.

1. <u>El rol de los organismos de tratados y los tribunales internacionales</u>

Hizo presente que estas mismas particularidades permiten entender el rol que juegan los organismos internacionales en la interpretación de las obligaciones internacionales de los Estados, en materia de derechos humanos. En especial, aquellos establecidos en los tratados internacionales para vigilar la vigencia y cumplimiento de los mismos. Ratificó que son éstos los que tienen competencia para determinar cuándo se ha violado una obligación convencional, generándose la responsabilidad internacional.

De esta manera, cuando, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dicta una sentencia en que establece el alcance de un derecho reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), lo hace, en sus propias palabras, como “intérprete última de la Convención” (Corte IDH, 2012: párrafo 171).

Aseveró que el Estado que se aparte de dicho entendimiento corre el riesgo de ser reprendido en el futuro. Así lo ha señalado la propia Corte IDH, en un caso que implicaba a Chile: “el Poder Judicial [del Estado] 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” (Corte IDH, 2006: párrafo 124).

En consecuencia, consignó que los mecanismos de control de los tratados internacionales de derechos humanos, al emitir sus observaciones, recomendaciones y sentencias, van estableciendo los contornos precisos de las obligaciones adoptadas por los Estados. En ese sentido, señaló que son organismos que interpretan el alcance de las obligaciones internacionales.

2. Las reglas tradicionales de interpretación de tratados

Expresó que las reglas consuetudinarias de interpretación de tratados internacionales fueron codificadas en el principal cuerpo normativo del derecho de tratados: la Convención sobre el derecho de los tratados (1969), o Convención de Viena, ratificada por Chile en 1981.

2.1. Regla general de interpretación

Conforme al artículo 31 de la Convención de Viena, todo tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente de los términos que utiliza en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin, salvo que conste la intención de otorgar un sentido especial a un término específico (artículo 31). De esta manera, la interpretación internacional combina el método literal, el finalista y el subjetivo, aunque dando cierta preeminencia a la letra del texto (Benadava, 2001; Monroy, 1995) y a la finalidad del instrumento (Monroy, 1995).

Agregó que, por su parte, el contexto del tratado comprende su texto, preámbulo, anexos, los acuerdos adoptados entre todas las partes de un tratado con motivo de su celebración y todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración de aquel y aceptado por las demás como referente al tratado (artículo 31.2). En este sentido, Gómez-Robledo (2003:143) menciona que el contexto incluye “el conjunto de las disposiciones convencionales con las cuales el texto en discusión se encuentra en una relación de dependencia lógica”, o sea, puede referirse a otras disposiciones del mismo artículo, otras secciones del tratado o, incluso, a otros tratados con los que exista una conexión lógica y, por cierto, al derecho internacional general.

Recalcó que esta última cuestión es particularmente importante en el derecho internacional de los derechos humanos, dada la vigencia del principio de universalidad, indivisibilidad e

interconexión de los derechos humanos (Donnelly, 2003). En este sentido, una disposición de un tratado internacional de derechos humanos debe interpretarse en conjunto con el *corpus juris* internacional del que forma parte.

2.2. Medios complementarios de interpretación

Finalmente, la Convención de Viena contempla medios complementarios de interpretación en su artículo 33, conforme a los cuales:

> Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:
>
> a) deje ambiguo u oscuro el sentido o
>
> b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Hizo presente que el texto parece autorizar el recurso a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración incluso cuando no haya dudas sobre el sentido de su texto, sino que para “confirmar el sentido de la interpretación obtenida a partir de las reglas generales”. Sin embargo, agregó que la Comisión de Derecho Internacional, que elaboró el texto de la Convención, se limitó a codificar en este punto el derecho consuetudinario (Benadava, 2001), y por lo mismo, la interpretación de la voluntad de las partes siempre comienza desde el texto (Gómez-Robledo, 2003). Como ha señalado la Corte Internacional de Justicia (CIJ), “[s]i las palabras pertinentes [de un tratado], cuando se les atribuye su significado natural y corriente, tienen sentido en su contexto no hay que investigar más”. Solo procede la aplicación de otros métodos para buscar la intención de las partes, cuando dichas palabras “son equívocas o conducen a resultados irracionales” (citado en Gómez-Robledo, 2003:142).

2.3. La doctrina

Reseñó que la doctrina de los internacionalistas jugó un papel muy relevante en la época formativa del derecho internacional (Benadava, 2001). Sin embargo, constató que hoy ha perdido importancia, fundamentalmente por el desarrollo de la codificación internacional y la proliferación de tribunales y otros organismos que interpretan las obligaciones internacionales de manera autorizada.

Afirmó que, en la actualidad, la doctrina puede jugar un papel significativo para esclarecer las dudas respecto de la formación de una norma o el alcance de la misma. Expresó que esta importancia está supeditada a la capacidad que dicha opinión tenga para convencer al organismo de adjudicación de la norma. En otras palabras, la opinión de la doctrina es relevante en la medida en que es capaz de influir a un tribunal u otro organismo en la resolución de un caso que está bajo su conocimiento.

Por lo anterior, aclaró que en esta oportunidad solo haría referencias tangenciales a las opiniones de los expertos, centrándose en el modo en que las disposiciones aludidas se han aplicado por los organismos competentes.

II. El aborto en el derecho internacional de los derechos humanos

Manifestó que el aborto, en tanto acción de interrupción voluntaria del embarazo, no está tratado explícitamente en los tratados internacionales de derechos humanos, ni como derecho, ni como prohibición. Sin embargo, esto no significa que el derecho internacional no diga nada al respecto. De hecho, lo hace de forma indirecta, al consagrar derechos como la vida o los derechos de la mujer y, en forma directa, a través de la evaluación de situaciones concretas que realizan los organismos y tribunales internacionales.

Añadió que la discusión en torno al aborto se ha centrado en la determinación del alcance e intensidad de la protección al derecho a la vida, cuya importancia en el entramado del derecho internacional está fuera de duda pero cuya vigencia puede entrar en tensión con otros derechos, particularmente con los de la mujer embarazada.

Destacó que en este sentido, lo primero que cabe establecer es si la protección de la vida en el derecho internacional alcanza al que está por nacer y, si lo hace, en qué medida y desde qué momento. Luego, cabe revisar el modo en que éste resuelve el conflicto que dicha protección puede suscitar respecto de los derechos de la progenitora.

Para contribuir a dilucidar esta pregunta, informó que revisaría los principales instrumentos internacionales de derechos humanos a la luz de la interpretación que de ellos han hecho los órganos autorizados, con particular énfasis en las recomendaciones que éstos han hecho al Estado de Chile en la materia.

1. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

Destacó que el derecho a la vida está reconocido en los principales instrumentos de derechos humanos, incluyendo la

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH), que aunque carece del estatus de un tratado internacional, es considerada como uno de los pilares del moderno sistema universal de derechos humanos, proveyendo un marco para el reconocimiento internacional de los derechos y libertades fundamentales (Humphrey, 1975).

Agregó que la DUDH hace un reconocimiento explícito del derecho a la vida en su artículo 3 y abre su catálogo estableciendo que "[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros" [énfasis añadido].

Manifestó que esta norma es relevante para la discusión en torno a la juridicidad de la interrupción voluntaria del embarazo, pues su tenor literal parece implicar que es el nacimiento lo que marca el momento en que surgen la dignidad y los derechos humanos. La pregunta es, entonces, como debe entenderse la voz "nacimiento", en el contexto de la DUDH.

Recalcó que de la revisión de los trabajos preparatorios de la Declaración, se desprende que existió una discusión importante en torno a la inclusión o no de la voz "nacen" en el mencionado artículo. Sostuvo que si bien existieron propuestas para entenderla como una alusión a la prohibición de la esclavitud de nacimiento (Siria), el debate giró en torno a dos ejes principales: (i) las implicancias filosóficas *iusnaturalistas* que tenía el reconocimiento del carácter innato de los derechos, lo que suscitó la resistencia de los países de la órbita soviética (ALIL, s/f: b), y (ii) una propuesta de enmienda que buscaba eliminar la voz "nacimiento", justamente para remarcar que los derechos humanos comenzaban desde la concepción y no desde el nacimiento (ALIL, s/f: A/C.3/SR.98 y A/C.3/SR.99). Esta última propuesta fue finalmente rechazada, lo que parece confirmar el tenor literal de la disposición: la protección de la vida consagrada en la DUDH no reconocería derechos a los no nacidos (Copelon y otros, 2005).

2. <u>El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)</u>

Señaló que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que es uno de pilares del sistema universal de derechos humanos (Humphrey, 1975), reconoce en su artículo 6.1 que "[e]l 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.".

Enfatizó que nuevamente aquí el problema es la determinación del comienzo de la personalidad humana. Según Copelon y otros (2005), también en este caso se propuso una enmienda que indicaba que el derecho a la vida era inherente a la persona humana desde el momento de su concepción y que debía ser protegido por la ley, la cual

habría sido rechazada, lo que indicaría que el instrumento no extiende el derecho a la vida a los no nacidos.

Añadió que esta interpretación se reafirma con el modo en que el Comité de Derechos Humanos (CCPR, por sus siglas en inglés), organismo encargado de vigilar la aplicación del PIDCP, ha abordado la cuestión del aborto, particularmente en relación con los derechos de la mujer.

Precisó que el tema ha sido abordado de manera general en la observación general Nº 28 sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres del CCPR (2000). En ésta, el Comité instó a los Estados a informar, entre otras cosas, sobre las medidas adoptadas para evitar que las mujeres recurran a abortos clandestinos y si ofrecen acceso a un aborto seguro a aquellas mujeres embarazadas producto de una violación. Asimismo, calificó como una violación de la privacidad de la mujer la obligación impuesta al personal médico de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos, pudiendo también verse afectados el derecho a la vida de la mujer y la prohibición de la tortura.

A la vez, hizo presente que el sistema de denuncias individuales ha permitido que el CCPR se pronuncie de un modo más directo sobre la despenalización del aborto en determinadas circunstancias, en vista de los derechos de la mujer. Así por ejemplo, en la denuncia del caso K.L. vs. Perú (2005), el Comité consideró vulnerados los derechos de la denunciante, a quien se le negó el acceso a un aborto ante un embarazo anencefálico, dado que la legislación castigaba, aunque en forma atenuada, el aborto en esas circunstancias.

También en los exámenes periódicos que el Comité realiza a los Estados parte se ha pronunciado sobre esta cuestión, señalando en reiteradas oportunidades que el aborto debe ser despenalizado y garantizado cuando (i) pone en peligro la vida de la mujer; (ii) es consecuencia de una violación, o (iii) de un incesto (CCPR 2008; 2012a; 2012b; 2012c).

Sostuvo que la primera causal (peligro para la vida de la madre) constituye una reafirmación de la vigencia del derecho a la vida, pues se trata de resolver en favor de la madre la disyuntiva entre la vida en gestación y la vida plenamente desarrollada. Sin embargo, las otras dos causales plantean la cuestión de los límites de la protección de la vida del que está por nacer frente a la salud (mental), dignidad y autonomía de la mujer embarazada, y la resuelven en favor de esta última.

Consecuentemente, constató que la vigencia en Chile de una prohibición absoluta del aborto ha sido un tema de permanente preocupación para el Comité de Derechos Humanos desde el primer informe

periódico remitido por el Estado de Chile. De hecho, en éste, el Comité señaló que el Estado debía revisar la prohibición general de abortar y garantizar la confidencialidad de la información médica, en atención a los “graves problemas” que la situación plantea (CCPR, 1999: párrafo 15). Subrayó que en el año 2005, el Comité reiteró su preocupación, particularmente en relación con la falta de autorización del aborto en caso de peligro para la vida de la madre. Finalmente, recordó que en su más reciente informe, el CCPR (2014:15) reafirmó su doctrina en la materia, señalando que Chile debe “establecer excepciones a la prohibición general del aborto, contemplando el aborto terapéutico y en los casos en que el embarazo sea consecuencia de una violación o incesto”, además de asegurar que los servicios de salud reproductiva sean accesibles para todas las mujeres y adolescentes, en todas las regiones del país”. En relación con el proyecto de ley que se discute, el Comité manifestó su preocupación por cuanto éste no contempla la causal de autorización del aborto en casos de embarazo producto de incesto.

3. La Convención de Derechos del Niño

La Convención de Derechos del Niños de 1989 (CDN) es el primer tratado internacional, con vocación universal, en aludir expresamente a la protección de un ser humano aun antes del nacimiento. De hecho, en su preámbulo declara que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

Agregó que el texto enfatizado parece sugerir que el niño es sujeto de derecho incluso antes de nacer. Sin embargo, como se revisa a continuación, tanto la interpretación basada en los trabajos preparatorios de la Convención como la interpretación autorizada del Comité de Derechos del Niño, parecen indicar lo contrario.

3.1 Trabajos preparatorios

Consignó que uno de los primeros grandes debates de los trabajos preparatorios de la CDN se dio en torno a la definición del comienzo de la niñez, cuyo trasfondo fue, justamente, la cuestión del aborto (Detrick, 1992). Apuntó que algunos Estados defendieron como punto de inicio la concepción y otros, el nacimiento. Advirtió que como las posiciones a este respecto suelen ser irreconciliables, el artículo 1 parece haber sido redactado de un modo neutral respecto de esta cuestión:

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”.

Sin embargo, recalcó que como se ha señalado más arriba, el preámbulo sí incluye una referencia que puede tener implicancias en la materia, esto es, que el/la niño/a requiere de protección “tanto antes como después del nacimiento”.

Manifestó que esta frase fue agregada durante la discusión del Grupo de Trabajo encargado de preparar el proyecto de Convención, a instancias de la Santa Sede, secundada por varios países que declararon que sus legislaciones nacionales protegían los derechos del nonato desde la concepción y que recordaron que la misma frase estaba inserta en el preámbulo de la Declaración de Derechos del Niño. Sin embargo, de acuerdo a varios autores, los mismos Estados promotores de la enmienda aclararon que esta cláusula no pretendía prohibir la posibilidad del aborto, teniendo presente que varios países sí lo autorizaban en ciertos casos, como aquellos en que el embarazo implicaba un riesgo para la salud de la madre (Copelon y otros, 2005; Detrick, 1992). En esta línea, el grupo de trabajo aprobó la inserción en los trabajos preparatorios de una declaración del grupo de redacción, del siguiente tenor:

“Al aprobar este párrafo del preámbulo, el Grupo de Trabajo no pretende dar un juicio previo sobre la interpretación del artículo 1 o de cualquier otra disposición de la Convención por los Estados Partes” (CDH, 1989: párr. 43).

De esta manera, pareciera que los redactores buscaron garantizar la neutralidad de la Convención en materia de aborto.

Señaló que otro aspecto relevante para determinar el alcance de la Convención en este punto, está dado por el modo en que evolucionó la cuestión de la atención prenatal. En el borrador de la Convención, aprobado en 1978 por la Comisión de Derechos Humanos (CDH), se establecía que tanto el niño como la madre tenían derecho a la atención prenatal:

“Artículo IV

El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.”.

Connotó que fue la representación de Austria la que hizo ver la posible inconsistencia entre reconocer un derecho del niño al cuidado prenatal y la posibilidad de aborto legal contemplada en diversas legislaciones (cfr. Detrick, 1992:61). Sin poder ahondar en el desarrollo de esta discusión, el texto finalmente adoptado parece haber acogido estas

aprehensiones, en tanto la materia aparece regulada en el artículo 24 sobre derecho a la salud, e indica:

> "2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho [al disfrute del más alto nivel posible de salud] y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: […] Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres.".

De esta manera, la salud del nonato es protegida a través de la atención sanitaria prenatal de la madre, evitándose así una redacción que pudiera implicar una atribución directa de derechos al *nasciturus*.

3.2 El Comité de Derechos del Niño

Indicó que el Comité de Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés) es el organismo experto encargado de vigilar el cumplimiento y aplicación del tratado, a través del examen de los informes periódicos que los Estados deben remitir periódicamente, de las recomendaciones específicas dirigidas a aquellos y de los comentarios generales sobre el alcance de las obligaciones que emanan de la CDN.

En el marco de esta última atribución, precisó que el CRC emitió la observación general N° 4, en 2003, sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la CDN. En ésta, el Comité manifestó su preocupación por los riesgos del embarazo precoz y, en particular, por la mortalidad de las niñas adolescentes producida por el embarazo y por prácticas de aborto peligrosas. Frente a ello, recomendó la adopción de medidas para reducir la tasa de mortalidad y prestar apoyo a los padres de las adolescentes. Específicamente, instó a los Estados:

> […] a elaborar y ejecutar programas que proporcionen acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluida la planificación familiar, los contraceptivos y las prácticas abortivas sin riesgo cuando el aborto no esté prohibido por la ley, y a cuidados y asesoramiento generales y adecuados en materia de obstetricia (CRC 2003: párrafo 31) [énfasis añadido].

Connotó que al recomendar garantizar el acceso a un aborto seguro en los casos en que sea legal, el CRC parece estar señalando implícitamente dos cuestiones. Primero, que la CDN no reconoce una protección absoluta al feto, por lo que el aborto no sería contrario a sus disposiciones, y segundo, que garantizar el acceso a prácticas abortivas seguras no es, en principio, obligatoria para los Estados, salvo cuando en un Estado en particular dicha práctica sea legal.

Ahora bien, según el CRC, bajo ciertas circunstancias el acceso a un aborto seguro puede resultar necesario. Reseñó que desde 2002, el Comité ha manifestado su preocupación a Chile por la incidencia del aborto ilegal de adolescentes en la mortalidad materna, pero fue en 2007 cuando se refirió directamente a su inquietud por “la penalización de la interrupción del embarazo en toda circunstancia y la falta de servicios adecuados y accesibles de educación sexual y de salud reproductiva” (CRC, 2007: párrafo 55; énfasis añadido). Es más, en la oportunidad, el CRC recomendó al Estado de Chile “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” (párrafo 56).

Siguiendo esta línea, recordó que en el año 2010 el CRC llamó la atención a Nicaragua por haber eliminado la posibilidad de abortar, “en particular a las niñas embarazadas víctimas de violación e incesto” (párrafo 58), y recomendó derogar “los artículos del Código Penal que penalizan el aborto y garantice que las niñas no estén sujetas sanciones penales por tratar de abortar o abortar en ninguna circunstancia (párrafo 59).”.

Agregó que, por otro lado, en la observación General N.º 7, el CRC (2005) recordó que los Estados tienen la obligación de garantizar la salud de los niños y niñas y para eso, se debe dar prioridad a la atención prenatal y postnatal de la madre, cuestión que también ha estado entre las preocupaciones del Comité respecto de Chile (CRC, 2002: párrafo 40b).

De esta manera, sostuvo que el CRC considera la protección del feto en función del niño que está por nacer y, por lo mismo, establece el deber de otorgar atención prenatal a la progenitora, pero no contempla una prohibición absoluta de aborto. Así, ha sido explícito al recomendar la legalización del aborto para casos de violación, incesto y peligro para la salud de la progenitora, en atención a la integridad física y síquica de las niñas y adolescentes.

Consecuente con su línea de interpretación, manifestó que el Comité ha llamado la atención de los Estados (como Chile y Nicaragua), cuya legislación no contempla excepción alguna a la prohibición del aborto en caso de niñas y adolescentes. Consignó que también ha recomendado a Estados como Chad y Costa Rica revisar sus legislaciones en materia de aborto terapéutico, de modo de proteger la salud de las adolescentes (CRC, 1999 y 2011). En particular, en el caso de Costa Rica ha recomendado al Estado aclarar a sus médicos el alcance de la autorización legal del aborto, en tanto permite el aborto en embarazos por violación y de fetos con malformaciones graves (CRC, 2011).

4. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Expresó que la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), es un tratado internacional que establece un catálogo de derechos fundados en el principio de igualdad y un programa de acción dirigido a los Estados para alcanzar la plena igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Precisó que este instrumento reafirma los derechos civiles y políticos de la mujer y, en general, su condición jurídica y social. Además, trata la cuestión de los derechos reproductivos y la importancia de los factores culturales para el ejercicio efectivo de los derechos humanos por parte de las mujeres.

Remarcó que entre los derechos específicos reconocidos a las mujeres, está el de “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos” (artículo 16. e). Este derecho es considerado como un fundamento general de los derechos reproductivos (Copelon y otros, 2005). Su íntima conexión con el derecho igualitario a la vida ha motivado la preocupación del Comité CEDAW por el aborto, particularmente respecto de los países que cuentan con legislaciones estrictamente prohibitivas.

Añadió que en sus informes de países, el Comité ha mostrado una gran preocupación por las tasas de mortalidad maternal debida a condiciones inseguras de aborto, enmarcando así el problema como una cuestión de derecho a la vida. Por lo mismo, ha llamado en diversas ocasiones a los Estados a revisar sus leyes anti-aborto.

De hecho, subrayó que el Comité ha manifestado su preocupación por la cuestión de los derechos reproductivos de las mujeres en Chile desde el segundo informe periódico de 1999. En éste, señaló explícitamente su preocupación por “las leyes que prohíben y penalizan toda forma de aborto”, dado el efecto que provocan en la integridad y salud de las mujeres. Es más, indicó que “considera que esas disposiciones violan los derechos humanos de todas las mujeres”, por lo que recomendó permitir la interrupción del embarazo “por razones terapéuticas o relacionadas con la salud de la mujer, incluida la salud mental” y revisar la obligación de denuncia de los profesionales de la salud (Comité CEDAW, 1999b: párrafo 228-229. Énfasis añadido).

Recordó que en el año 2006, con ocasión del cuarto informe periódico emitido por Chile sobre cumplimiento de la CEDAW, el Comité reiteró su preocupación sobre la prohibición absoluta del aborto y su incidencia en el número de abortos inseguros y mortalidad materna. Al

respecto, el Comité recomendó la supresión de los castigos penales a las mujeres que se someten a abortos y que se garantice el acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones derivadas de los abortos inseguros.

Connotó que en el último examen periódico (2012), el Comité lamentó el fracaso de las incitativas parlamentarias de despenalización del aborto y recomendó expresamente que el Estado de Chile: “[r]evise 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” (párrafo 35 letra d). El Comité se ha pronunciado en el mismo sentido en otros casos similares, como Angola (2013a), Perú (2014) y República Dominicana (2013b), agregando en ellos también la interrupción de embarazos de fetos con graves malformaciones.

De esta manera, concluyó que, si bien la CEDAW no contiene una norma expresa que autorice o prescriba el aborto como ejercicio de un derecho humano de la mujer, el Comité ha interpretado que existe una exigencia en tal sentido bajo ciertas circunstancias, fundándose en la protección de la vida e integridad física y síquica de las mujeres. Por lo mismo, ha señalado en reiteradas oportunidades su preocupación por la existencia de legislaciones excesivamente restrictivas en materia de aborto, particularmente respecto de los casos de violación, incesto y riesgo para la salud o vida de la madre.

Destacó que este enfoque de la interrupción del embarazo como mecanismo de protección de los derechos de la mujer no es exclusivo del Comité CEDAW. Como se ha visto, es compartido por otros organismos de tratados, como el CCPR y el CRC, y también por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional homónimo. De hecho, éste ha recomendado explícitamente al Estado de Chile “que revise su legislación y despenalice el aborto cuando se trate de abortos terapéuticos y cuando el embarazo sea consecuencia de violación o incesto” (Comité de DESC, 2004: párrafo 52).

5. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) fue el primer instrumento internacional, aunque de alcance regional, en hacer algún tipo de reconocimiento al que está por nacer. Su artículo 4.1, 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. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente [énfasis añadido].”.

Añadió que esta disposición ha sido frecuentemente citada por los que sostienen la existencia de una prohibición internacional del aborto a partir del reconocimiento de la personalidad jurídica del nonato (Joseph, 2009; De Jesus, 2011; Paúl, 2012). Sin embargo, esta posición parece no haber tenido mayor impacto en la jurisprudencia interamericana.

5.1. La Convención Americana y sus trabajos preparatorios

Por una parte, los trabajos preparatorios de la Convención, a los que hay que recurrir para determinar o confirmar el sentido y alcance de la disposición de un tratado internacional, indican que la voz "generalmente" se introdujo al texto precisamente para calificar la protección del *nasciturus*, de manera de permitir excepciones.

Indicó que, originalmente, los proyectos que se estaban discutiendo en el seno del Consejo Interamericano de Jurisconsultos contemplaban que el derecho a la vida estuviera "protegido por la ley a partir del momento de la concepción" (Fontaine, 1969). Sin embargo, fue la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la que, convocada por la OEA, propuso agregar las palabras "en general", antes de la formulación "desde el momento de la concepción", con el propósito expreso de conciliar la disposición con las varias legislaciones nacionales que permitían el aborto bajo ciertas circunstancias (Corte IDH, 2012; OEA, 1973, citado en Paúl, 2012:75).

Consignó que durante la discusión del proyecto, hubo varias propuestas de enmienda para eliminar totalmente la referencia a la concepción (Brasil, EE.UU., República Dominicana). Algunas de ellas tenían el objeto explícito de evitar que dicha norma pudiese ser tomada como una prohibición absoluta del aborto (Brasil, EE.UU.). Otras estuvieron por eliminar las palabras "en general", manteniendo así el texto originalmente propuesto, entendiendo que de esa manera se prohibía el aborto (Ecuador, Venezuela) (Corte IDH, 2012; Paúl, 2012). Sin embargo, el texto final aprobado fue el propuesto por la CIDH, que agregaba la voz "en general" al articulado: "Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción" (énfasis añadido).

Destacó que tanto el sentido literal y la interpretación emanada de los trabajos preparatorios apunta a que esta redacción fue adoptada precisamente para permitir excepciones al mandato general de protección de la vida humana en gestación, aunque sin indicar cuáles son esas excepciones.

Manifestó que esta es la interpretación que ha hecho tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Baby Boy vs. EE.UU. (1981), como la Corte Interamericana (Corte IDH)

en el más reciente caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (caso “fecundación in vitro”) de 2012, que se revisan a continuación.

5.2. Caso Baby Boy vs. EE.UU. (1981)

Expresó que la CIDH fue el primer organismo interamericano en pronunciarse sobre el alcance de la protección que el sistema interamericano brinda al que está por nacer. Lo hizo en el marco de una petición presentada en favor de un nonato que habría sido abortado por una histerectomía practicada a su progenitora. Los peticionarios buscaban que la jurisprudencia de Roe vs. Wade y Doe vs. Bolton, que despenalizó el aborto voluntario en EE.UU., fuera declarada como violatoria del derecho internacional de los derechos humanos (De Jesús, 2011).

Añadió que como EE.UU. no ha ratificado la CADH, solo le era aplicable la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), cuyo reconocimiento al derecho a la vida, a diferencia de la CADH, no menciona la concepción. Consignó que los peticionarios argumentaron que dicho instrumento garantizaba la igualdad, protegía el derecho a la vida de “todo ser humano” (por contraposición a “persona”), y que debía leerse a la luz de la CADH, que protegería la vida desde el momento de la concepción. Además, afirmaron que los trabajos preparatorios de la Declaración confirmarían esa interpretación.

Hizo presente que la CIDH señaló que de la lectura de los trabajos preparatorios de la DADDH se concluía que los Estados habían optado por no adoptar una posición respecto del momento en que comenzaba la protección de la vida. De hecho, el proyecto original señalaba que “[e]ste derecho se extiende al derecho a la vida desde el momento de la concepción” (CIDH, 1981: párrafo 19). Sin embargo, el texto finalmente aprobado se limitó a garantizar el derecho a la vida, en atención a las dificultades que el reconocimiento del momento de la concepción traía para diversas delegaciones, en tanto sus ordenamientos internos admitían el aborto. “En realidad, -señala la CIDH- la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio.”.

En relación con la CADH, la CIDH examinó los trabajos preparatorios para determinar el alcance de la protección a la vida, que en este caso sí incluye, al menos en general, la protección de la vida desde el momento de la concepción. Decisivo para su conclusión fue el hecho que la propia CIDH propuso incorporar las palabras “en general”, antes de la frase “desde el momento de la concepción” para hacer compatible el artículo 2.1 del proyecto con “la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto, *inter-alia*, para salvar la vida de la madre y en caso de estupro”, redacción que finalmente fue la adoptada (CIDH, 1981: párrafo 25).

5.3. Caso “fecundación in vitro” (2012)

Connotó que más recientemente, la Corte IDH intervino en el debate sobre el alcance de la protección a la vida en el sistema interamericano, siguiendo el precedente establecido por la CIDH. Se trata del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, de 2012, (caso “fecundación *in vitro*”). En éste, los peticionarios reclamaron por la anulación judicial de un decreto ejecutivo que autorizaba la técnica de fecundación *in vitro* en el país.

Destacó que en la sentencia del caso, la Corte abordó la interpretación de tres conceptos clave del artículo 4° de la CADH: (i) el de protección “en general”; (ii) el de “concepción”; y (iii) el de “persona”. Asimismo, identificó dos cuestiones que debían ser aclaradas. La primera es desde cuándo existe la protección. La Convención dice que, “en general”, desde “la concepción”, pero queda pendiente establecer cuándo ésta se produce. La segunda cuestión es cuál es el grado de protección exigido por la disposición. La norma señala que dicha protección es, al menos, “en general”.

Respecto al momento de la concepción, la Corte invocó su doctrina sobre la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales, porque solo a partir del avance científico y técnico se ha podido determinar que la concepción está compuesta por dos momentos “complementarios y esenciales”, la fecundación del óvulo, que produce el gameto, y la implantación del mismo en el útero, que une al embrión con la progenitora que le proveerá de las hormonas y nutrientes necesarios para su desarrollo (Corte IDH, 2012: párrafo 186).

Sostuvo que la Corte reconoció la existencia de dos posturas al interior de la comunidad científica. La primera identifica la concepción con la fecundación del óvulo y la segunda, con la implantación del gameto en el útero. Ahora bien, indicó que, desde el punto de vista de la Convención, debía entenderse que este segundo momento es el que cierra el ciclo de la concepción, por cuanto aquel no podía “ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede” y antes de la implantación del embrión en el útero de la mujer, sería imposible determinar si existe o no embarazo. De hecho, muchos gametos nunca se implantarían (Corte IDH, 2012: párrafo 187).

De esta manera, la Corte concluyó que el momento de la concepción sería posterior a la implantación y no anterior. Recalcó que si bien con esto no se zanjó la discusión sobre el comienzo de la vida, si se delimitó el momento en que comienza la protección legal del feto ordenada por la Convención.

Hizo presente que la segunda cuestión abordada por la sentencia es la intensidad de la protección del feto provista por la CADH. Para la Corte, la voz “en general” que califica la protección de la vida desde la concepción, en su sentido literal, “indica que dicha expresión se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular”, aunque no establece la sustancia de dichas excepciones (Corte IDH, 2012: párrafo 188).

Para determinar tales excepciones, la Corte acudió a los trabajos preparatorios de la CADH, concluyendo que en éstos no prosperaron los intentos por eliminar toda referencia al momento de la concepción, ni las propuestas que pretendían eliminar la calificación de “en general”. Asimismo, la interpretación sistemática indicaría que muchos de los derechos de la CADH se garantizan a “toda persona” y no por ello se entiende que el embrión sea titular de los mismos. Luego, la Corte sostiene que el objeto de la protección del artículo 4.1 es la mujer embarazada y no el embrión, dada la intrínseca dependencia de éste al cuerpo de la mujer.

Como parte del contexto de la disposición, precisó que la Corte analizó diversos tratados internacionales de derechos humanos, concluyendo que no protegían al feto y destacó las observaciones y recomendaciones de los organismos de control, en relación con las leyes de aborto excesivamente restrictivas y los derechos de la mujer.

Destacó que tras revisar también la evolución del derecho comparado en la materia, la Corte concluyó que la inclusión de la cláusula “en general”, fue adoptada precisamente para permitir el balance entre derechos e intereses ante un potencial conflicto (Corte IDH, 2012: párrafo 236). “En otras palabras -indicó la Corte-, 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” (párrafo 258).

En definitiva, la Corte negó claramente que de la CADH pueda concluirse que un embrión sea considerado persona en los términos del artículo 4 de la CADH (párrafo 244). Asimismo, al analizar las tendencias del derecho internacional, señaló que éstas “no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida” (párrafo 253).

En resumen, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó (i) que “el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana” (párrafo 264); (ii) que la CADH es aplicable solo después de la implantación del embrión en el útero, y (iii), que las palabras “en general” implican que la protección del derecho a la vida no es absoluta, “sino es 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" (párrafo 264).

6. El Sistema Europeo de Derechos Humanos

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), cuyo ámbito de aplicación es regional, no siendo aplicable en Chile, establece que "[e]l derecho de toda persona a la vida está protegido por ley" (artículo 2.1).

Enfatizó que en contraste con la Convención Americana, este instrumento no alude al momento en que se inicia la protección de la vida humana ni califica la intensidad de la protección exigida. De hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ECHR, por sus siglas en inglés) ha señalado en dos oportunidades que no es posible determinar cuándo comienza la vida humana en los términos del artículo 2 del CEDH (ECHR, 2004 y 2010). De ahí que se señale que la cuestión quedaría en manos de los Estados, de conformidad a la doctrina del margen de apreciación, elaborada por el propio Tribunal (Wicks, 2011)

Añadió que el ECHR ha tenido oportunidad de abordar la cuestión del aborto directamente en diversos casos. Así, en las sentencias de los casos "Tysiac vs. Polonia" (2007), "A, B y C vs. Irlanda" (2010), "R.R. vs. Polonia" (2011) y "P. y S. vs. Polonia" (2012), el Tribunal amparó a las recurrentes (solo a "C" en el segundo caso), en la medida en que los ordenamientos jurídicos examinados, aunque reconocían el derecho a abortar en sus respectivos casos, no proveyeron de medios efectivos para ejercerlo. Esto ha llevado a algunos autores a señalar que el Tribunal Europeo reconoce una suerte de protección procedimental del aborto (Mena, 2012; Rey, 2011; Wicks, 2011). Ello se refiere a que en aquellos países en que el aborto está permitido, la Corte ha protegido el acceso de las mujeres al mismo.

Advirtió que respecto de un eventual derecho sustantivo al aborto, hay más controversia. Autores como Puppinck (2013), invocando la jurisprudencia del caso P. y S. vs. Polonia, sostienen que el ECHR ha descartado que la autonomía de la mujer, protegida por el artículo 8 del Convenio (derecho a la privacidad) otorgue un derecho al aborto. Ahora bien, en esa misma sentencia, el Tribunal europeo señaló, en línea con el sistema universal de derechos humanos, que "la prohibición del aborto, cuando se pretende por razones de salud y/o del bienestar, caen en el ámbito de protección del derecho al respeto a la privacidad" (ECHR, 2012: párrafo 96).

Manifestó que esta cuestión había sido abordada anteriormente en el caso A, B y C vs. Irlanda, de 2010, en el cual se requería

determinar si el derecho a la privacidad de la mujer exigía un grado de permisividad a la interrupción mayor que el contemplado en la Constitución irlandesa.

Por una parte, el ECHR admitió que dicha regulación implicaba una restricción de la privacidad de la mujer. Sin embargo, recordó que el artículo 8.2 de la CEDH admite dichas limitaciones cuando estén "prevista[s] por la ley y constituya[n] una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para [...] la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás" (énfasis añadido). El Tribunal consideró que la protección de los valores morales de la sociedad irlandesa, a la que repugnaría el aborto que no se justifique en salvar la vida de la madre, cabía como finalidad legítima.

En cuanto a la necesidad de la medida, apeló a su doctrina del margen de apreciación, aduciendo que no existiría un consenso en Europa en torno al momento en que comienza la vida humana y su protección, por lo que la autonomía del Estado para determinarlo sería amplia. Ahora bien, en la misma sentencia el ECHR reconoció que también existía un consenso europeo en torno a admitir causales de admisibilidad del aborto vinculadas a asegurar la salud y bienestar de la mujer, aunque finalmente esto no fue decisivo, pues el Tribunal consideró que la falta de consenso respecto de la primera cuestión, esto es, respecto del comienzo de la vida humana, neutralizaba el consenso respecto de estas causales, manteniendo así un amplio margen de apreciación estatal, lo que ha valido que la sentencia sea criticada por incoherente con la doctrina previa del Tribunal, incluso por los propios jueces disidentes (Mena, 2012: Rey, 2011; Wicks, 2011).

Conclusión

En síntesis, dijo que de lo expuesto se puede señalar que el derecho internacional otorga protección a la vida del que está por nacer, pero que ésta no es absoluta y que no parece existir un reconocimiento concluyente de la personalidad jurídica del no nacido. Aunque la cuestión sigue siendo objeto de debate doctrinal, la Corte IDH, que vigila la aplicación de la CADH, que es el instrumento que más argumentos de texto brinda a quienes defienden dicho reconocimiento, ha sido enfática en señalar que esta interpretación no tiene asidero ni en el texto ni en los trabajos preparatorios de la CADH. Lo mismo puede decirse de las opiniones y recomendaciones del CRC, que controla la aplicación de la CDN.

En consonancia con lo anterior, expresó que la cuestión se ha concebido como un conflicto entre los derechos de las mujeres y un interés público (la protección de la vida del que está por nacer), reconociéndose que dicho interés puede ser legítimamente limitado bajo ciertas circunstancias, en función de la protección de los derechos de

aquélla. Como ha sugerido Shelton (1987), aun cuando se reconociera una personalidad jurídica al feto, ésta no podría ser absoluta, pues estaría sujeta a la ponderación de derechos propia del sistema internacional de derechos humanos.

Añadió que, en este sentido, los diversos organismos de vigilancia en la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos han señalado de manera reiterada a diversos Estados, incluyendo a Chile, que bajo ciertas circunstancias, la protección de la vida del que está por nacer, muchas veces consagrada en esos mismos instrumentos, debe ceder frente a los derechos de la mujer embarazada. Estos organismos han sido consistentes en recomendar la flexibilización de las legislaciones más prohibitivas en materia de interrupción del embarazo en atención a los derechos de la mujer, particularmente su vida, integridad física y síquica, su salud y sus derechos sexuales y reproductivos. Dicha flexibilización apunta explícitamente a causales de aborto por violación, incesto, riesgo para la salud o la vida de la madre y graves malformaciones fetales.

Concluyó señalando que, de esta manera, se puede afirmar que existe un consenso entre los diversos órganos de control de los tratados internacionales de derechos humanos en orden a que existe un deber de protección del nonato, el cual encuentra su límite en los derechos humanos de la mujer ya mencionados. Reiteró que la única excepción a este entendimiento es la interpretación de la ECHR, que ha otorgado un amplio margen de apreciación a los Estados europeos para establecer el momento e intensidad con que protegen la vida en gestación.

Finalizadas estas exposiciones, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra a los señores Senadores presentes.

El Honorable Senador señor Harboe agradeció las intervenciones escuchadas, las que consideró muy valiosas para el estudio del presente proyecto de ley.

Observó que de las exposiciones del profesor Guzmán-D'Albora y del abogado don Matías Meza-Lopehandía podría deducirse que, como recomendación de los organismos internacionales, cabría agregar al proyecto el estupro y el incesto como causales de interrupción del embarazo. Consultó al Gobierno si éstas serán incorporadas en esta iniciativa. Asimismo, estimó muy pertinentes las proposiciones de redacción del profesor Guzmán-D'Albora, dado que el texto aprobado por la Comisión de Salud del Senado puede dar lugar a ciertas dificultades.

El Honorable Senador señor Larraín preguntó al asesor legislativo señor Estradé-Brancoli cuál es el valor jurídico de las Actas Constitucionales a las que hizo referencia en su exposición. Hizo presente que, según lo expresara el referido expositor, la Constitución establece que la ley dispondrá en qué casos se protegerá la vida del que está por nacer. Al respecto, señaló que la Carta Fundamental no hace distinciones en esta materia, sino que simplemente ordena proteger dicha vida, por lo que cabe entender que tal protección operará siempre.

Por otra parte, consultó si el referido mandato imperativo y obligatorio de la Constitución en cuanto a proteger la vida del que está por nacer se ve confirmado por el proyecto en estudio y si, particularmente, la tercera causal de interrupción del embarazo allí contemplada viene a cumplirlo.

El señor Estradé-Brancoli manifestó que toda norma jurídica tiene su marco interpretativo propio. Añadió que, según lo dispuesto por el decreto ley N° 3.464, la Junta de Gobierno, en el ejercicio de la potestad constituyente, aprobó el texto constitucional, el que quedó sujeto a ratificación por plebiscito. Puntualizó que, en este caso, el marco normativo de la disposición en análisis está dado por la Junta Militar, la que consagró, mayoritariamente, dos causales específicas para permitir la interrupción del embarazo, a saber, el aborto terapéutico y la violación.

Sostuvo que la revisión de la historia de la ley permite establecer la interpretación normativa de una determinada regla, explicando que, en este caso, si la Junta Militar aprobó un texto propuesto por la Comisión Constituyente, ese texto pasó a tener valor jurídico imperativo y a ser vinculante.

El Honorable Senador señor Larraín indicó que faltaría decir a quién vincularía esta interpretación, porque si bien podría tener tal carácter para un juez, no lo tiene para el Congreso Nacional.

El señor Estradé-Bráncoli respondió que si el Parlamento aprueba las tres causales de la iniciativa, éstas serán compatibles con el texto de la Constitución Política de 1980. Precisó, además, que la interpretación de las referidas Actas y de las normas que en definitiva se aprobaron no dan pábulo al aborto libre.

La Ministra del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, señora Claudia Pascual, señaló que en Chile el incesto tiene una connotación distinta al que se le da en el derecho comparado pues, en nuestro caso, el delito de violación incluye las relaciones violentas que tienen lugar al interior de la familia. Por tal razón, el incesto está incluido en la tercera causal.

En relación al estupro, sostuvo que éste solo se refiere a relaciones consentidas pero viciadas, por lo cual no está considerado dentro de la referida tercera causal, en la que se atiende a la existencia del elemento violencia.

Sesión del día 9 de enero de 2017

En sesión de esta fecha, **la Comisión** escuchó las exposiciones de los profesores señora Carmen Domínguez y señores Gonzalo García Palominos, Fernando Londoño y Alex Van Weezel.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya, ofreció la palabra al **profesor de Derecho Penal de la Universidad de Los Andes, señor Gonzalo García Palominos,** quien agradeció la invitación cursada por la Comisión y la oportunidad de participar en este debate.

Comenzó su intervención señalando que en el Derecho Penal existen varios modelos de regulación del aborto, todos con contenidos valorativos diferentes, precisamente porque acceden a sociedades que construyen su sistema de derechos humanos de manera diferenciada y resuelven la tensión de derechos e intereses de manera distinta.

Explicó que optar por uno u otro modelo no es neutro e implica que los legisladores que lo votarán a favor, ratifican, a su vez, la vigencia de ciertos principios que sirven de presupuesto al modelo elegido. Destacó que parece erróneo que se propongan análisis constitucionales provenientes, por ejemplo, de Tribunales Constitucionales foráneos, pero que se estaban refiriendo a modelos de regulación del aborto distintos a los formulados por el Gobierno en la iniciativa objeto de este análisis. Al respecto, recalcó que recurrente es la errónea cita al Tribunal Constitucional alemán.

Consignó que se conocen modelos como el clásico, que no reconoce la posibilidad de autorizar o justificar la producción de la muerte del no nato, aunque sí reconoce la posibilidad de exculpar a la mujer que realiza la conducta prohibida y típica, esto es, de eximir de responsabilidad penal a la mujer que se enfrentaba a situaciones complejas extremas durante su embarazo, ya que estas situaciones no permiten formular un juicio de reproche ético social por el no seguimiento normativo.

Connotó que dicho modelo no justifica ni crea un derecho al aborto; en efecto, el modelo teórico de mera despenalización sustituye la herramienta penal por otra menos intensa -administrativa u otra política pública-, pero que estima más o igualmente eficiente, aunque no

autoriza ni justifica la práctica del aborto, con la característica de que la amenaza es matizada.

Sostuvo que el modelo de asesoramiento (alemán o uruguayo), replantea críticamente la función del Derecho Penal en el ámbito de la prevención del aborto por alejar al ciudadano del cumplimiento y, por lo mismo, para incentivar que las mujeres se acerquen al Estado y este tenga un chance para evitar el aborto, garantiza impunidad de ciertas hipótesis. Añadió que este modelo, en principio, no busca legalizar el aborto ni institucionalizar el derecho al aborto.

Expresó que el modelo o solución de indicaciones que mantiene la prohibición general del aborto y, además, la amenaza penal, reconoce la existencia de ciertas situaciones excepcionales de tensión de derechos e intereses -como la causal embriopática o la terapéutica- que justifican la permisión de la producción de la muerte del hijo.

Sostuvo que para hacer aquello que, en principio, es contradictorio con la Constitución -esto es, autorizar la eliminación de seres humanos-, se promueven dos cambios de perspectiva: el primero y más importante, es que el nonato debe ser degradado de estatus: de titular de derechos subjetivos humanos a mero objeto de protección, con lo cual el no nacido sigue siendo un objeto valioso para el derecho -por eso su protección incluso constitucional-, pero un bien esencialmente administrable y, por lo mismo, perfectamente ponderable e instrumentalizable.

Añadió que el estatuto de objeto es predicado incluso con niños de 9 meses. Detalló que la segunda perspectiva, que es consecuencia de la primera decisión radical, consiste en modificar el deber negativo de no matar del que todos somos titulares, por un mero deber solidario para la madre. Esto es, que del embarazo solo surgen deberes morales de la madre hacia el hijo, pero no exigibles por el Estado. Aquí, algunos autores realizan matices y sugieren que estos deberes serían solidarios y que solo serían exigibles -aunque con un estatus menor- solo en caso de la aceptación voluntaria del embarazo.

Finalmente, se encuentra el modelo de plazos, que plantea soluciones a la tensión de derechos e interés sobre la base de definir estatutos diferenciados entre los seres humanos. El primero consiste en desconocer cualquier estatuto de protección al no nacido en una primera fase del desarrollo del embrión, permitiendo la disposición libre por parte de la madre de su hijo. En una segunda fase, se reconocería un estatuto sólo como “objeto de valor”, que, como tal, debe ser en general respetado, pero frente a colisiones con los derechos de la madre, finalmente deben ceder, por no tener el mismo estatus de sujeto de derecho. Y finalmente, el estatuto de persona -es decir, de titular de derechos subjetivos- que surgiría sólo desde el momento del nacimiento, en cuyo caso el ser humano deja de ser

instrumentalizable y ponderable. Expresó que un modelo como este debería aceptar que su sistema de derechos humanos no se construye desde la idea de dignidad humana, sino de meros acuerdos políticos negociables.

Hizo presente que el proyecto del Gobierno, como queda explicitado tanto en la exposición de motivos del Mensaje y luego de una revisión sistemática de sus normas, opta principalmente por este modelo de indicaciones y por el modelo de plazos en la tercera causal. Recalcó que estas indicaciones no son reguladas ni incorporadas directamente en el Código Penal, sino que se encuentran reguladas en el derecho extrapenal, específicamente en el Código Sanitario. Para que estas normas de conducta, que claramente poseen un contenido permisivo, tengan un efecto de carácter penal no solo tácito sino que además explícito, el Gobierno propone que se incorpore en los mismos tipos penales de autoaborto y aborto del facultativo, una cláusula que vincule las normas permisivas extrapenales, buscando proveerle una naturaleza justificante. Apuntó que lo anterior significa que las causales resuelven la tensión de intereses, asumiendo que la conducta típica de aborto se encontraría excepcionalmente permitida y, por lo mismo, sería conforme con el derecho.

Aseveró que no cabe duda de que con ello lo que busca el Gobierno no es solo proveerle una solución a la amenaza penal, sino esencialmente construir el pilar jurídico esencial sobre el cual se construye una garantía de salud, esto es, el derecho a exigir del Estado la interrupción del embarazo.

Connotó que la iniciativa en estudio debe asumir necesariamente varios presupuestos de todo modelo de indicaciones, que, evidentemente, son inconstitucionales. Explicó que se centraría en uno de ellos.

Manifestó que como todo modelo de indicaciones que busca incorporar una causa de justificación basada en la ponderación de la vida de un ser humano, el proyecto de ley debe aceptar –para justificar la protección general y explicar la aceptación de excepciones (indicaciones terapéutica, embriopática y ético-social)- que el no nacido es valorado moralmente solo como mero objeto interés, mientras que únicamente el ser humano nacido es concebido como sujeto de derechos.

En otras palabras, enfatizó que accedería a un sistema en que los seres humanos van adquiriendo progresivamente la personalidad o titularidad de derechos, cuyo momento culmine estaría radicado en el nacimiento. Añadió que un sistema de reconocimiento de los derechos humanos de estas características, permitiría la ponderación del grupo de seres humanos valiosos, pero ponderables e instrumentalizables al fin, como serían los no nacidos. Así, la ponderación de seres humanos –que permitiría la incorporación de una causa de justificación– solo sería posible

en seres humanos no nacidos. Consecuencia de aquello es que los legisladores deberían en este caso aceptar como parte de las valoraciones sociales que en nuestro sistema de derechos humanos no todos los seres humanos se entienden moralmente como un fin en sí mismo y titulares de derechos humanos. Remarcó que sería posible hacer distinciones entre ellos, basadas en características no esenciales.

Manifesto que en Chile postulan expresamente esto y, por consiguiente, aprueban la ponderación y la constitucionalidad del aborto, autores como Cecilia Medina, Verónica Undurraga o Antonio Bascuñán. Subrayó que todos señalan que el no nato no solo no es titular de derechos subjetivos humanos, sino que, además, que la protección constitucional e internacional respecto del ellos no es consecuencia de una protección directa al no nacido, sino de la protección del intereses de la mujer embarazada a mantener su embarazo y a ser protegida frente a injerencias externas que se lo impidan. Esto es, hay seres humanos que no son dignos en sí mismos, que carecen de un valor moral relevante por sí mismos, sino que son valorables en atención al interés que ellos producen en su madre o en la sociedad.

Adujo que una postura distinta y, por tanto, que considera inconstitucional esta forma de solucionar los problemas sociales y, en particular el del aborto, es sostenida por un grupo importante de académicos -entre los que se encuentra-, en tanto sería una solución contraria a nuestro sistema de derechos humanos, radicados esencialmente en los artículos 1, 3 y 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos y en los artículos 1 y 19 N° 1 de nuestra Constitución, entre otros.

Explicó que tanto nuestra Constitución y aún con mayor claridad, la Convención Americana de Derechos Humanos, se construyen sobre la base del reconocimiento de que todos los derechos humanos tienen su fuente en la dignidad humana.

Hizo presente que el sistema de derechos humanos, en efecto, constituye una reacción frente a los abusos más terribles infligidos a seres humanos durante la primera mitad del siglo XX y, por lo mismo, procura una eficiente protección a los derechos esenciales de todos los seres humanos sin importar su raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Reseñó que el sistema de protección internacional de los derechos humanos se construyó, entonces, sobre la base de una valoración esencial respecto al "merecimiento de protección internacional” -y, de ahí, del reconocimiento de la titularidad de los derechos humanos-, basada en la identificación de las cualidades esenciales, sustanciales o “intrínsecas” del ser humano, excluyendo de tal funcionalidad las cualidades

meramente accidentales de los individuos de la especie humana como las ya señaladas: raza, edad y otras como la capacidad de sentir, el nivel de desarrollo de algún órgano, nivel de coeficiente intelectual, capacidad "actual" de autoconciencia, capacidad física, ausencia de enfermedades, o de ser un interés para un tercero, etcétera. Recalcó que un sistema de reconocimiento de derechos humanos basado en estas cualidades accidentales y no esenciales, permitiría la exclusión de enfermos, de razas, etc.

Así, operativamente hablando, expresó que la única cualidad esencial, sustancial o "intrínseca" del ser humano, que lo distingue de los demás animales, especies y cosas -y que lo convierte en un valor social superior- sería su naturaleza racional o, si se quiere de manera más detallada, de su capacidad radical o natural para el pensamiento conceptual, la deliberación y la libre elección. Se trata, entonces, de un sistema de derechos humanos, de carácter valorativo y funcional, cuyas normas, deberes y reconocimientos son también de carácter instrumental, en tanto no solo permiten servir de fuente moral de tales derechos, sino también de límite infranqueable a las arbitrariedades de los Estados, asignándole para dicho fin un valor anterior al mismo orden jurídico que pretende informar y regular.

Sostuvo que el debate en torno a la institucionalización del aborto en Chile exclusivamente en base a los modelos de indicaciones y plazos, propuesto por el Gobierno, y que implica la legitimación limitada de la causación de la muerte de un ser humano inocente, sería evidentemente contrario a esta sistema de los derechos humanos (y a la Constitución) y, de respetarlo, obligaría al Estado de Chile -y a los señores Senadores- a modificar el diseño del modelo de regulación del aborto propuesto por el Gobierno, si es que está interesado en atenuar o racionalizar la amenaza penal. A su vez, si busca enfrentar de manera directa la problemática que enfrenta la madre en casos de embarazos complejos y de alto riesgo, como discursivamente se promueve, debería adicionalmente incorporar un diseño de programas de acompañamiento que resulta ser esencial.

Advirtió que un ejemplo de proyecto alternativo que busca solucionar la causal terapéutica fundado en un modelo diferente, es el proyecto de los Senadores Demócrata Cristianos basado en la teoría del doble efecto, que autoriza la acción médica en favor de la madre y solo acepta como legítima la muerte indirecta del nonato, esto es, aquella que es consecuencia no querida, aunque prevista, de la intervención médica. Indicó que, precisamente, esta opción coincide con la valoración desarrollada por los Senadores señores Ignacio Walker, Jorge Pizarro, Mariano Ruiz-Esquide y Andrés Zaldívar en el Boletín Nº 7.965-11.

Destacó que junto a un grupo de profesores de Filosofía y de Derecho Penal han trabajado otra propuesta para el artículo 119 del Código Sanitario, que dispone:

"Solo en caso de que exista peligro actual o inminente para la madre, podrán ejecutarse todas las acciones necesarias para salvar su vida, aun cuando éstas produzcan como efecto colateral previsto la muerte del no nacido.".

Finalizando su participación, manifestó que, a propósito del análisis del modelo de regulación elegido por el Gobierno y sus presupuestos, y no basado en la necesidad de matizar o no la amenaza penal, es que llegó a las siguientes conclusiones:

1.- Presupuesto del modelo propuesto por el Ejecutivo en su proyecto de aborto es sostener que el no nacido no es sujeto de derechos humanos, sino un objeto de valor protegible.

2.- Aquello es presupuesto de la operatividad del modelo de indicaciones establecido tanto en la causales 1 y 2, y modelo de plazo en la causal 3; por lo tanto, es un presupuesto esencial del modelo elegido que introduce una norma pre penal permisiva y una causa de justificación.

3.- Que el reconocimiento del derecho a la vida del nonato, como un interés de la madre -opción a la podría estar accediendo el proyecto de Gobierno- posibilita que el estatus legal y constitucional del no nacido sea degradado a mero objeto de protección ponderable.

4.- Esa decisión es una decisión radical, en tanto implica que los derechos humanos dejan de ser consecuencia del reconocimiento de la dignidad humana y, por lo mismo, de que estos son anteriores al Estado, para pasar a comprenderlos como meras concesiones recíprocas entre los hombres, perfectamente negociables y renunciables.

5.- Que la intención de la coalición gobernante de revisar la intensidad de la amenaza penal no resulta de ser del todo criticable, pues constituye su obligación la de humanizar la imposición de la ley. Sin embargo, lo que sí resulta ser “reprochable” al Gobierno, es que por medio de la selección del modelo (solución de indicaciones), está renunciando a una forma de comprender el sistema de derechos humanos que sigue siendo necesario en nuestra sociedad. A nuestra sociedad -principalmente con el amplio surgimiento del populismo- sigue siendo necesario y útil mantener la idea operativa tanto de la dignidad humana -entendida desde características esenciales y de manera inclusiva y no exclusivas- y de los derechos humanos como anteriores al Estado.

6.- Quien vote a favor del proyecto en las condiciones presentadas por el Gobierno, estará asumiendo, al mismo, tiempo, todos estos presupuestos como propios. Afirmó que el proyecto no es neutro, como se ha pretendido hacer creer.

Luego, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra a **la profesora de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señora Carmen Domínguez.**

La señora Domínguez comenzó agradeciendo la invitación cursada por la Comisión para entregar su opinión frente al proyecto que está estudiando, que calificó de muy importante.

Expresó que su importancia es evidente si se piensa que incide en el derecho esencial a la vida, base sobre la que se asienta cualquier otro derecho. Indicó que en un sistema jurídico como el nuestro, que tiene por norte la protección de la persona, que es una realidad anterior a él, no cabe duda que todos los aspectos comprendidos en la tutela personal son esenciales y, entre ellos, por cierto, la consideración desde cuando se es persona y, de consiguiente, se puede adquirir titularidad de todos los demás derechos garantizados por el ordenamiento jurídico.

Anunció que dividiría su exposición en las siguientes secciones: I) Observaciones generales al proyecto, y II) Algunas observaciones particulares al articulado del mismo, siguiendo ese mismo orden en nuestra exposición.

I) <u>Observaciones generales al proyecto</u>

Declaró que la Comisión debe decidir en conformidad a la Constitución vigente y a los principios jurídicos que en ella se contienen y no a los que se querría que existiesen.

Hizo presente que a algunos puede no gustarle ese Derecho vigente, pero lo que no es admisible es que se fuerce el ordenamiento jurídico para hacerle decir principios o soluciones que no fueron contemplados en él.

Agregó que sus observaciones estarán dirigidas a algunos aspectos que la iniciativa suscita desde la mirada de una civilista, intentando desarrollar algunos puntos originales en relación a lo que ya se ha expuesto ante esta Comisión.

1.1) Ese ordenamiento recoge una tradición que es la de la tutela del que está por nacer

Expuso que una primera reflexión relevante que surge desde el Derecho Civil al proyecto en trámite, apunta a la trascendencia histórica que tendría despenalizar el aborto en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, aseveró que a diferencia de cómo suele presentarse, cabe recordar que la protección jurídica del *nasciturus* no se inicia con la Constitución vigente, sino que se desprende además de un conjunto de normas y principios contenidos en nuestro ordenamiento jurídico, muchos anteriores incluso a la norma constitucional, pues forman parte de una tradición jurídica en Chile, nacida en el seno del Derecho Civil y recogida por la Constitución.

Consignó que no se referiría al reconocimiento constitucional en sí mismo, pues ello ya ha sido expuesto por anteriores invitados, pero que sí le interesa resaltar que esa tutela es indiscutible en el orden civil, pues varias reglas fuerzan a entenderlo así, si –como corresponde hacer por un mínimo principio de coherencia sistemática- el análisis del Código Civil se hace de un modo sistemático y bajo la inspiración del mandato constitucional de tutela de la vida del *nasciturus,* que, lejos de ser una mera norma programática, es un mandato expreso y sin matices.

Connotó que dentro de esas reglas se sitúan los artículos 55, 74, 75 y 77 del señalado Código, que dispensan la prueba más contundente de que el concebido no nacido es plenamente tutelado como persona y no como mero objeto.

Sostuvo que el artículo 55, al reconocer la calidad de persona “a todo individuo de la especia humana cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición”, es una regla precursora: a) porque recoge la concepción personalista al reconocer que la personalidad es una calidad anterior del ser humano y no una creada por el Derecho. Reconoce que la persona es un *prius* para el Derecho, esto es, que es una realidad anterior al mismo que éste solo se limita a reconocer y tutelar. Añadió que el rol del Derecho es precisamente reconocerlo y estar atento a mejorar los mecanismos de protección de la persona permanentemente; y b) reconoce el principio de igualdad entre las personas, precisando que la edad no puede ser un factor de discriminación entre los individuos de la especie humana.

Luego, prosiguió, se suma el artículo 75 del mismo Código, en cuanto proclama que “la ley protege al que está por nacer”, es decir, a “alguien” y no a “algo”, regla que, no debe olvidarse, encuentra su fuente en el principio contenido en las Partidas de que “mientras que la criatura esté en el vientre de su madre, todo lo que se haga o diga, debe aprovecharle tal como si hubiese nacido”. En esa regla se recoge, desde 1855, el principio general de que debe actuarse siempre a favor de la vida

del *nasciturus* y que obliga a que, ante la posibilidad de ponerla en riesgo, no deba optarse por descartarla.

Precisó que el artículo 75 del Código Civil complementa lo anterior al conceder a los particulares una acción popular para obtener "todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra", facultando al juez para adoptarlas. Destacó que la importancia de la tutela al *nasciturus* en el Código y, por lo mismo, para Bello, surge de forma evidente si se tiene presente que la tutela colectiva que la acción popular supone -pues la regla es la tutela individual de los derechos que exige acreditar interés concreto en el que pretende legitimación- es admitida en este cuerpo legal solo excepcionalmente en tres casos, siendo éste el primero de ello. Advirtió que este solo hecho sirve, además, para demostrar la trascendencia que el Código Civil otorga a la protección del no nacido.

Señaló que el artículo 75 apunta, entonces, a la protección más bien extrapatrimonial del no nacido, esencialmente de su vida.

Advirtió que ella no se agota en esos aspectos, sino que se extiende también a los aspectos patrimoniales que son tutelados al no nacido en los artículos 74 y 77 del mismo Código. En efecto, toda esta regulación a favor del que está por nacer se completa con reglas que miran a resguardar también sus intereses económicos. Así, el mismo artículo 77, que deja en suspenso los derechos que se le deferirían hasta su nacimiento y establece, en su relación con en el artículo 74, cuándo se radican de modo definitivo todos los derechos patrimoniales que estaban suspendidos.

Puntualizó que ninguna disposición del Código Civil ni de la legislación en general introduce alguna distinción en el seno de la tutela dispensada al embrión. Recalcó que tampoco existe argumento alguno de historia fidedigna de ninguna norma en la materia que permita introducirla.

Manifestó que ésta ha sido, además, la interpretación dada desde siempre a nuestras reglas por la jurisprudencia y la doctrina, que han sostenido que la existencia natural comienza con la concepción. Por lo mismo, afirmó que cualquiera distinción dentro del período que va desde la concepción hasta el nacimiento no encuentra asidero jurídico alguno y es irrelevante a efectos de nuestro Derecho.

A mayor abundamiento, destacó que ello ha sido reconocido expresamente y de forma más reciente, en la ley de investigación científica en el ser humano, su genoma humano y prohíbe la clonación humana, cuyo artículo 1° protege "la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica…".

Por todo lo anterior, hizo presente que una lectura sistemática a la luz de la Constitución vigente, que contiene una tutela amplificadora de la persona, teniendo además presente los antecedentes de historia fidedigna de las normas, obliga a concluir que la normativa civil concede protección al *nasciturus* desde la concepción y no desde su nacimiento, como algunos autores clásicos erradamente interpretaron.

Subrayó que esa interpretación era y es errada en cuanto, por un lado, omitió relacionarla con el artículo 55, que simplemente pasaban por alto sin ninguna consideración ni fundamento y, por otro, atendida la referencia de historia fidedigna antes referida.

Detalló que ellas se explican por la concepción patrimonialista que ha caracterizado a la civilística chilena y que sigue caracterizando a un buen sector de la misma. Ella resultaba alentada por la concepción existente en esos tiempos de que el estatuto de la persona era más bien tarea de constitucionalistas o penalistas y, por ello, nuestro Código, como la mayor parte de los decimonónicos, contiene escasas normas relativas a la persona -un poco de inicio y otro de fin- y un extenso grupo de reglas que se aplican sólo a quien tiene bienes.

Consignó que no debe olvidarse que una crítica recurrente a estos Códigos consistía en decir que eran los “códigos de los ricos”, crítica que, posteriormente, Federico De Castro va a contestar afirmando que, en realidad, no es que los códigos civiles omitieran la consideración de la persona, sino que se consideraron suficientes las normas existentes contenidas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en las Constituciones respectivas.

Connotó que esa interpretación es hoy inadmisible por las razones antes expuestas y debe ser corregida, tal cual como ha sucedido en otros casos, por ejemplo, con la reparación del daño moral en sede contractual o la procedencia del daño moral derivado de atentados al honor.

1.2) La inflexión en esa tutela que el proyecto que se debate introduciría resulta inexplicable en el contexto de un Derecho que ha ido construyendo progresivamente una protección del más débil

Remarcó que un segundo aspecto a resaltar es la inflexión que el proyecto en debate introduciría a un principio cardinal de la Constitución, que es el principio *pro homine*, afirmado reiteradamente en materia de derechos humanos y que constituye un criterio de solución del conflicto jurídico que precisamente constituye la base del fundamento de la sentencia Rol 740, del Tribunal Constitucional, en relación a la denominada píldora del día después.

Añadió que ese principio se ha proyectado en el ordenamiento legal a través de la protección del más débil en la relación jurídica y progresivamente ha ido cruzando todo el Derecho, tanto en el ámbito patrimonial como extrapatrimonial.

Manifestó que en materia civil, la gran revolución de la responsabilidad civil se ha fundado en el principio *pro damnato,* que ha conducido a centrar la función del deber de reparar en la protección de la víctima.

Expuso que constituye también el principio básico en que se funda todo el Derecho del consumo a través del principio pro consumidor. La intervención del Estado en el contrato privado se justifica solo por la desigualdad de las partes contratantes, que determina que hablar de autonomía de la voluntad -pilar esencial de toda la legislación civil contractual- sea una quimera.

Sostuvo que en el ámbito extrapatrimonial, la tutela del más débil es una de las manifestaciones más claras de la recepción de la equidad como una de las líneas rectoras del Derecho de Familia actual. En tal sentido, es evidente que la idea misma de libertad puede generar en el ámbito familiar graves consecuencias; de ahí que se impongan límites a ella en protección de los más débiles, considerando en ellos a los niños y a la mujer. Indicó que en esa fundamentación se inscriben el interés superior del niño y la noción de cónyuge más débil en materia de ruptura matrimonial.

Apuntó que en materia específica del derecho a la vida del *nasciturus,* es el criterio que se recoge en el artículo 75 del Código Civil, pues al juez le basta con comprobar la situación de peligro en contra de los derechos del concebido y no nacido para actuar. Esta realidad, dijo, forma parte de la médula de la tutela preventiva.

Aclaró que el proyecto supone una involución en esa tendencia, en cuanto desprotege al que está por nacer y a la mujer embarazada que se encuentra en las tres hipótesis en que el proyecto se centra.

Reiteró que supone una involución en la tutela del que está por nacer que cuenta con una tutela histórica, como se viene de recordar.

Además, añadió que se enfrenta con una política pública desarrollada bajo el primer mandato de la misma autoridad que encabeza el Ejecutivo que impulsa este proyecto, como es la del “Chile crece contigo”, que tiene por objeto acompañar, proteger y apoyar integralmente a

todos los niños y sus familias desde su concepción. En la gestación, el trabajo se inicia desde el primer control de embarazo, que es una reunión acogedora para la gestante y su pareja antes de las 14 semanas y en la que se detectan posibles complicaciones, entras las que se incluye el embarazo no deseado, la falta de apoyo familiar y la violencia intrafamiliar.

Destacó que el proyecto, al reducir la protección dispensada por la Constitución a este más débil, es entonces inconstitucional.

Sostuvo que supone también una desprotección de la mujer que se encuentra en la situación contemplada en las tres causales que contempla el proyecto, en cuanto en todas ellas, que se asumen como dramáticas y límite, la carga de decidir qué hacer se le asigna exclusivamente a ella. La supuesta autonomía que se quiere asegurar a la mujer-madre para decidir es, en realidad, la carga de tener que optar por eliminar o no al hijo que ha concebido. El Estado, en vez de ofrecerle alternativas que no la pongan jamás en esa tesitura, opta por permitir que ella se encuentre en esa situación, a sabiendas de que existen para cada una alternativas plenamente viables en Chile para evitarlo.

En el caso de la primera causal, porque la pone en la situación de tener que optar sabiendo que ello es innecesario, pues, frente al riesgo real y cierto de su muerte inminente, la *praxis* médica ha sido suficiente hasta hoy para resolver esa tensión, interviniendo para salvar su vida aunque ello pueda tener como efecto no querido la pérdida de su hijo.

En el caso de las otras dos causales, porque existen en Chile sistemas de acompañamiento médico con resultados probados que le permiten a la mujer llevar a término el embarazo con la menor afectación posible a su integridad física y psíquica. Existiendo ellos, no puede decirse que la única solución posible sea permitir dar muerte al hijo.

Declaró que al desprotegerla, se infringe entonces el principio de igualdad y de no discriminación arbitraria, pues le asigna una carga notoriamente injusta si se tiene presente que, desde que se reconoce que son situaciones límite, no existen las condiciones para la existencia de una plena autonomía de la voluntad. En tal sentido, se preguntó, ¿puede afirmarse que la mujer cuya vida está en riesgo, que aquella a la que se le ha representado que su hijo tiene riesgo grave de morir o a una que ha sido violada tiene una real oportunidad de optar en estos casos libremente? Es indudable que no, por las propias premisas sobre las que el proyecto razona: son situaciones dramáticas y, por ello, debe permitirse su despenalización. Consideró que en esas circunstancias es evidente que al menos una duda razonable debe asistirnos de que exista una real autonomía. Si es así,

añadió, endosarle la carga de decidir es agravar la situación en la que se encuentra.

Se preguntó, enseguida, si en casos que no tienen desde luego ese dramatismo, el Estado interviene en defensa del más débil porque estima que no existe real autonomía, como es el de la protección al consumidor, donde además ha habido un consentimiento expreso ¿no es evidente que donde existe al menos una duda razonable de que exista una real autonomía deba evitarse una solución que se construya sobre la premisa no demostrada de que existe una plena?

Recalcó que no pueden introducirse tamañas incoherencias en nuestro ordenamiento. No se puede sostener, por ejemplo, que la presión que ejerce el contratante más poderoso por ser empresario sea mayor que la que tiene una mujer cuando su vida está en riesgo o cuando ha sido violada.

1.3) El proyecto no es excepcional y no fijará para siempre las únicas excepciones que son admitidas a la tutela del que está por nacer y que se asume digno

Expresó que el proyecto se presenta como solución excepcional y restrictiva en tres casos límites a la protección del no nacido. No obstante, agregó que la evolución habida en Chile demuestra que este no será sino un hito más para seguir ensanchando las excepciones a la tutela de aquel.

En efecto, advirtió, no podemos olvidar la historia que precede a este proyecto.

a) Diciembre del año 2000, el Instituto de Salud Pública aprueba el ingreso a Chile de la píldora de emergencia para su comercialización bajo el nombre de fantasía Postinal.

b) Febrero de 2001, se interpone Recurso de Protección en contra de esa resolución del ISP por algunas ONG.

c) 19 de marzo de 2001, el ISP anuncia la autorización del registro y la aprobación de la venta y distribución del anticonceptivo Postinal con receta médica retenida. La Ministra de Salud de entonces, hoy Presidenta de la República, señora Michelle Bachelet, fundamentó dicha decisión en un análisis sanitario.

d) Agosto de 2001, la Corte Suprema deja sin efecto el registro, entendiendo que infringe el derecho a la vida del que está por nacer amparado por el Derecho chileno.

e) Agosto de 2001, el Ministerio de Salud aprueba la venta de la píldora con otra marca, al día siguiente de haberse dictado la sentencia que retira el registro y prohíbe su venta en farmacias.

f) Abril de 2004, la entonces Ministra de Salud (actual Primera Mandataria) autoriza la entrega gratuita de la píldora a las mujeres que acudan a los servicios de salud denunciando una violación.

g) 2006, se aprueban mediante resolución exenta, las normas nacionales de fertilidad, que establecen, como parte de la política pública de salud de Chile, la entrega gratuita de la píldora del día después a mayores de 14 años sin consentimiento o información de sus padres.

h) Un grupo de Diputados recurre al Tribunal Constitucional para que declare inconstitucional esa resolución exenta. Ese requerimiento es acogido y se declara inconstitucional tal resolución por considerarse contrario a la Constitución el que materias que inciden en el derecho a la vida puedan ser reguladas por vía de una simple decisión administrativa como es una resolución exenta.

i) El Ministerio de Salud dicta el decreto supremo N° 48, de 3 de febrero de 2007, donde vuelve a disponer las Normas Nacionales de Fertilidad como rectoras de la política pública de salud para los chilenos (Decreto 48, Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública, aprueba texto que establece las normas nacionales sobre regulación de la fertilidad de 3 de febrero de 2007).

j) 18 de abril de 2008, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional la entrega gratuita de la píldora en los servicios públicos de salud (Decreto N° 53, de 2 de agosto de 2008, Ministerio de Salud, Subsecretaría de Redes Asistenciales, cumple con fallo del Tribunal Constitucional, declarando supresión de las normas declaradas inconstitucionales).

k) 16 de junio de 2009, la Contraloría General de la República aclara que esa prohibición de entrega gratuita de la píldora comprende a todos los servicios públicos de salud incluso municipales y a todos los entes públicos o privados que suscriban sus convenios con los organismos del Sistema Nacional de Servicios de Salud (Dictamen N° 031356, de 16 de junio de 2009).

l) Dos semanas después de ese dictamen, el Gobierno de la época, presidido por la actual Primera Mandataria, envía un proyecto de ley para validar la entrega de esa píldora, el que es finalmente aprobado el 28 de enero de 2010, mediante ley N° 20.418, que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad. Su artículo 4° autoriza la entrega gratuita de la anticoncepción de

emergencia, incluyendo entonces la denominada píldora. En ese mismo precepto, se dispone que “no se considerarán anticonceptivos, ni serán parte de la política pública en materia de regulación de la fertilidad, aquellos métodos cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto”.

Consignó que la premisa en que se basa la norma es que la entrega de la denominada píldora del día después no se encuentra en esta última situación porque no tiene como objetivo o efecto directo provocar un aborto, desde que no impide la anidación del huevo fecundado. Aunque es evidente que con ello se pasó por alto el hondo debate médico existente en torno al mecanismo de actuación de la misma, lo importante a resaltar, a efectos del proyecto que aquí se debate, es que precisamente se pretendía validar el rechazo a toda forma de aborto.

m) 31 de enero de 2015, el Ejecutivo, encabezado por la misma autoridad, envía el proyecto de ley que actualmente se discute.

Como puede advertirse entonces, existe un *iter* claro y progresivo en torno a modificar la tutela del que está por nacer, desde 2001.

Indicó que las premisas en que se basaron cada una de las normativas que fueron progresivamente autorizando primero la comercialización, luego la entrega gratuita en caso de violación y, más tarde, esa entrega en cualquier caso, eran: a) que ella no era abortiva y que por lo mismo no infringía mandato constitucional alguno y, por cierto, no constituía una excepción encubierta a la penalización del aborto provocado. Indicó que así razonó el Ejecutivo en toda su argumentación, defendiendo la resolución exenta y, luego, el decreto supremo por los cuales se quería autorizar su entrega, que después fueron declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional. Lo mismo se esgrimió con ocasión del debate habido en este Congreso Nacional con ocasión de la ley que finalmente autorizó su entrega gratuita.

Destacó que, en todo momento, el argumento fue que no se pretendía desconocer el estatuto reconocido al embrión en el ordenamiento jurídico.

Añadió que la segunda premisa invocada permanentemente era que solo se permitía la entrega de la píldora por necesidades de salud pública, en especial para prevenir el embarazo adolescente y el aborto o reducir aquellos de tipo clandestino.

Precisó que todo lo que ha mencionado no lo está haciendo de oídas, sino por haberlo presenciado y habiendo tenido que hacerse cargo de ello, en cuanto le pidieron asumir la defensa del requerimiento ante el Tribunal Constitucional y, por lo mismo, tuvo que

analizar largamente los argumentos de su contraparte. Relató que esta última negó sistemáticamente, tanto en su presentación como en su alegato, que con ello se estuviese avanzando para introducir el aborto, añadiendo que esas medidas eran necesarias para reducir el embarazo adolescente y el aborto clandestino.

No obstante, subrayó que el hecho evidente es que -16 años después- se está aquí debatiendo su introducción en nuestra legislación, sin que haya habido ninguna razón de salud pública que lo justifique. Agregó que no ha aumentado la mortalidad materna por causa de embarazo, sino que, al revés, Chile exhibe una de las tasas más bajas del mundo en la materia. Tampoco ha aumentado el embarazo adolescente, que se mantiene en los mismos niveles y solo se ha reducido la natalidad en mujeres de entre 20 y 40 años.

Entonces, resumió, cuando se quiere eliminar o aún caricaturizar el argumento que sostiene que este proyecto abrirá las puertas al aborto libre diciendo que una vez más se trata del consabido argumento de la pendiente resbaladiza y que ello es sólo ciencia ficción, se está olvidando o descontextualizando este proyecto de la historia que le precede en cuanto a las excepciones a la tutela del que está por nacer. Y eso, aseguró, no es correcto.

II) Algunas observaciones en particular

2.1) No puede permitirse avanzar a este proyecto sin que haya una detallada precisión de cómo se materializará el aborto en las tres hipótesis

Señaló que otro aspecto esencial a la hora de decidir sobre este proyecto, son la o las formas concretas en que se dará aplicación práctica al aborto que se autoriza. Sostuvo que el proyecto guarda silencio al respecto y nadie ha expuesto ante esta ni ante ninguna Comisión cómo se materializará la decisión de la madre de poner término a la vida del hijo que espera.

Enfatizó que debe tenerse presente que ello es esencial, pues existen varios métodos utilizados en aquellos países en que se admite la práctica del aborto. Así, explicó, existen al menos siete métodos distintos:

a) Por envenenamiento salino, en que se inyecta una solución salina concentrada en la bolsa amniótica que causará la muerte por envenenamiento de la criatura 12 horas después;

b) Por succión, en que se inserta en el útero un tubo hueco que tiene un borde afilado y mediante él se succiona con una potencia 28 veces más fuerte que la de una aspiradora casera, que

despedaza el cuerpo del bebé que se está desarrollando, así como la placenta, y absorbe "el producto del embarazo" (la criatura), depositándolo después en un balde. El abortista introduce, luego, una pinza para extraer el cráneo, que suele no salir por el tubo de succión. Algunas veces las partes más pequeñas del cuerpo del bebé pueden identificarse. Casi el 95% de los abortos en los países desarrollados se realizan de esta forma;

c) Por dilatación y curetaje, en que se utiliza una cureta o cuchillo provisto de una cucharilla filosa en la punta con la cual se va cortando al bebé en pedazos con el fin de facilitar su extracción por el cuello de la matriz. Durante el segundo y el tercer trimestre del embarazo el bebé es ya demasiado grande para extraerlo por succión; entonces, se utiliza el método llamado por dilatación y curetaje. La cureta se emplea para desmembrar al bebé, sacándose luego en pedazos con ayuda de los fórceps;

d) Por "D & X" a las 32 semanas;

e) Por operación cesárea (este método es exactamente igual que una operación cesárea hasta que se corta el cordón umbilical, salvo que en vez de cuidar al niño extraído se le deja morir. La cesárea no tiene el objeto de salvar al bebé sino matarlo);

f) Mediante prostaglandinas, fármaco que provoca un parto prematuro durante cualquier etapa del embarazo. Se usa para llevar a cabo el aborto a la mitad del embarazo y en las últimas etapas de éste. Su principal "complicación" es que el bebé a veces sale vivo. También puede causarle graves daños a la madre. Recientemente las prostaglandinas se han usado con la RU-486 para aumentar su "efectividad", y

g) Por ingesta de la píldora RU-486, fármaco abortivo empleado conjuntamente con una prostaglandina, que es eficiente si se emplea entre la primera y la tercera semana después de faltarle la primera menstruación a la madre. Actúa matando de hambre al diminuto bebé, al privarlo de un elemento vital como es la hormona progesterona. El aborto se produce luego de varios días de dolorosas contracciones.

Recalcó que como este proyecto autorizaría el aborto sin límite de edad gestacional en las causales 1 y 2, es imprescindible conocer cuál o cuáles serán los procedimientos que se utilizarán para poner fin a la vida del embrión, pues es indudable que hay algunas que agravan el sufrimiento fetal. Así, si se trata de uno de ocho meses, es indiscutible que ya es plenamente capaz de percibir el dolor; por lo mismo, permitir que se practique el método "D & X" a las 32 semanas, también conocido como nacimiento parcial, es especialmente horroroso pues consiste en extraer mediante unas pinzas el cuerpo de la criatura dejando su cabeza dentro del útero. Luego se entierran en la base de la cabeza unas tijeras para hacer un orificio donde se inserta un catéter y se extrae el cerebro mediante succión,

causándole la muerte. A continuación, se extrae a la criatura y se corta la placenta.

Destacó que como puede advertirse, la crueldad de los distintos métodos es distinta y de ello debe hacerse cargo el legislador, pues, como el mismo Ejecutivo reconoce en la motivación del proyecto, éste incide en el derecho a la vida del que está por nacer que comprende, en conformidad al artículo 19 N°1 de la Constitución, la prohibición de ser sometido a apremios ilegítimos, que el Derecho Penal sanciona como tortura. Esta prohibición, tal como toda la doctrina constitucional y de derechos humanos está conteste, es absoluta, esto es, no admite excepción. Desde 2009, además, la tortura es considerada un delito de lesa humanidad.

Añadió que en ninguna materia la precisión de las condiciones específicas en que se ejercerá un derecho son o pueden ser dejadas a la mera definición reglamentaria. Con mayor razón aún, agregó, es imposible hacerlo cuando se trata de un derecho al aborto, que incide en el derecho a la vida del que está por nacer que tampoco puede ser objeto de tortura.

Manifestó que se han expuesto ante esta Comisión los estándares internacionales de los derechos sexuales y reproductivos que deben ser asegurados a toda mujer, incorporando entre ellos, se sostiene, el derecho al aborto, pero en parte alguna se han expuesto las formas específicas en que se da cumplimiento a ese derecho en el mundo. Y si se va admitir que se legisle permitiendo el aborto en ciertos casos, consideró imprescindible analizar las formas concretas en que éste se practica y juzgar cuáles deben o no utilizarse en conformidad con un ordenamiento jurídico, que, se sostiene, seguirá reconociendo tutela al niño que está por nacer.

Subrayó que el legislador no puede decidir entregarle un verdadero cheque en blanco a la autoridad administrativa para que decida por vía reglamentaria cómo deberá procederse.

2.2) La *praxis* médica no puede ser legislada

Recordó que el proyecto pretende introducir como excepción la causal primera.

Sobre el particular, señaló que la *praxis* profesional no puede ser legislada, agregando que es un error severo creer que existe una fórmula que pueda sintetizar la inmensa variedad de situaciones que en la práctica profesional pueden darse en torno a una misma hipótesis de base: riesgos de vida de la madre, por ejemplo. Afirmó

que la *praxis* profesional, en este caso, médica, es precisamente por ello *praxis*.

III) Conclusión

Para concluir, expresó que esta iniciativa legal debe ser rechazada. Primero, por no ser necesaria en el caso de la causal primera, y segundo, en el caso de la causal tercera porque la tarea del Estado no puede ser anteponer el interés de la madre al derecho a vivir de su eventual hijo, en aquellos casos en que ello es posible. Lo que debe hacerse es intentar conciliar ambos, dando las oportunidades para que esa nueva vida nazca y se desarrolle plenamente a cargo de su madre, o bien a cargo de una adoptante que la quiera.

Sostuvo que ofrecer todas las alternativas para evitar la afectación de la vida es tarea del Estado, más aún cuando se está en un país donde la natalidad ha descendido a niveles críticos.

En síntesis, destacó que el Derecho chileno ha progresado al dilucidar su exacta función, entendiendo que la tutela de la persona es una realidad anterior al Derecho, no creada por él. Es un *prius* para el Derecho. Señaló qaue en esa aclaración ha sido esencial la evolución experimentada por el Derecho Constitucional. Concluyó su intervención señalando que es de esperar, por tanto, por la profunda importancia que tiene esa comprensión del Derecho, que esta Comisión reafirme sin ambages que la persona recibe o recibirá en Chile tutela permanente, sea al inicio de la vida, durante ella o en su término.

Seguidamente, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra al **profesor de Derecho Penal de la Universidad Diego Portales, señor Fernando Londoño,** quien, junto con agradecer la invitación de la Comisión, comenzó su intervención preguntándose lo siguiente:

¿Cómo puede caracterizarse este proyecto -o cualquier iniciativa legislativa que procure hacer lícito el aborto- en el panorama del desarrollo de la cultura y del progreso humano? La pregunta, afirmó, tiene desmesuradas aspiraciones, pero es igualmente pertinente si de lo que se trata aquí es de adoptar decisiones constitutivas del tipo de sociedad en la que vamos a vivir.

Manifestó que la historia del progreso humano está marcada por al menos dos pulsiones vitales. Primero, el afán de controlar la naturaleza, usando su poder a nuestro favor y conteniendo el mal -el dolor- que ella irremediablemente trae consigo. La historia humana es no solo la historia de la felicidad, es también una historia de huida del dolor. “El

mundo es un valle de lágrimas", se ha dicho, agregando que la tradición vetero-testamentaria se abre con esta perspectiva, como ingreso del dolor en el mundo.

Destacó que no hace falta siquiera entrar en detalles para advertir esto y que la historia de la ciencia y la tecnología -de la medicina, la agronomía, la ingeniería, especialmente- se explica como "progreso humano" desde este punto de vista.

Expresó que ya se advierte que una legislación que autorice la interrupción del embarazo se deja fácilmente describir como una legislación progresista. En efecto, se quiere con ella controlar, limitar, paliar un dato de la naturaleza; se quiere corregir –en cuanto sea posible– una carga que la naturaleza puso unilateralmente del lado de la mujer.

Indicó que la historia del progreso humano –de la cultura– es también segundo la historia de la contención, ya no solo de la naturaleza externa, inanimada, sino de los males que nos causamos unos a otros. La tradición vetero-testamentaria nos entrega en la fechoría de Caín, el primer testimonio de este drama. El progreso se advierte aquí bajo las formas de institucionalización desde el mundo de la cultura, de instancias de contención de los males causados por el ser humano, conforme a un ideal de reducción de la violencia, de favorecimiento de la paz.

Remarcó que la historia de este progreso es también la historia del Derecho y la Política, que –salvo períodos de retroceso brutal– se puede leer como una historia de progresiva sensibilización hacia el valor de la igual dignidad del ser humano, de su intangibilidad, de la progresiva inclusión de todos, arrancando desde sociedades en las que sólo algunos contaban, conforme a la mera facticidad, a la lógica del poder descarnado. Indicó que la romana fue una civilización prodigiosa, qué duda cabe, pero escalofriantemente censitaria.

Consignó que la construcción de sociedades inclusivas, participativas, democráticas -en las que nadie sobre o esté demás, en las que el débil o el no-opinante merezcan igual respeto por el solo hecho de "ser"- es el fruto de esta progresiva conquista de la cultura humana. Una conquista nada descontada, añadió, pues parece increíble pensar ahora que hasta hace menos de ochenta años en el país más desarrollado del mundo -al que solemos mirar para aprender de derecho y política- eran admitidas distinciones normativas perjudiciales para un grupo completo de la población, sobre la única base del color de la piel. Otro tanto sucedía al otro lado del Stlántico, en el corazón de la Europa continental, por razones de credo o etnia.

Demostró su convencimiento de que toda la legislación que los señores Parlamentarios han producido está últimamente

inspirada en este ideal progresista, civilizador, pacificador, propio del Derecho. Se preguntó si no están acaso inspiradas en este ideal las regulaciones en materia de seguridad social y pensiones, en materia de aseguramiento de las prestaciones de salud, en materia de educación y escolaridad y aún en materia penal o procesal-penal. Cautelar al débil, contener el puño de la vejez, la enfermedad, la ignorancia o la violencia, provenga ésta última de los particulares o del Estado.

Sostuvo que el Derecho no podría tener lugar en un mundo entregado a la facticidad del poder. Hizo presente que se ha sospechado del Derecho como una herramienta del poderoso, conservadora del poder, pero esa no es más que una mirada miope, que no advierte que el poder –cualquiera que sea– podría estar más cómodamente sin Derecho.

Pues bien, connotó que desde este punto de vista no parece difícil advertir en legislaciones como las que aquí se están estudiando un falso progreso. En efecto, que desde el Estado se autorice la eliminación de un miembro de la especie humana inocente, de una persona no nacida, podrá parecer como un progreso desde el punto de vista anterior, de contención de los males con los que la naturaleza nos ha cargado, pero no lo es desde este otro punto de vista, que es justamente el más sensible a la política y al derecho.

Añadió que la sociedad que se bosqueja desde este paradigma es el de una sociedad no inclusiva, que valora ciertas “propiedades” o “estadios de desarrollo” del ser, antes que al ser mismo; es el predominio del “tener” por sobre el “ser” (del tener manos, voz, voto) Declaró que quien defiende la vida del no nacido no ataca a la mujer, de por sí ya débil y afectada en esta diversa distribución de las cargas, sino que defiende al sin voz, al más débil entre los débiles, al que “casi no se ve”, al que no cuenta. Quien defiende la vida del no nacido defiende un modelo de sociedad aún más inclusivo, en el que –por dolorosa que pueda ser la alternativa– no sobra nadie.

Relató que, en general, la protección del débil y el propósito de inclusión han constituido el corazón del ideario de las “izquierdas” en la historia de la política moderna. Destacó que tienen razón quienes -desde la centro-izquierda- han hecho ver que ciertos argumentos usados a favor del aborto resultan contradictorios con ideas tradicionalmente atesoradas por ese sector. Opinó que en no advertir esto, está buena parte de la tragedia de una cierta involución de la cultura de los derechos humanos que se ha vuelto al revés, como una cultura de progresiva exclusión de los derechos de los no-nacidos antes que una cultura de los derechos humanos.

Principio y cometido del Derecho

Concluyó la primera parte de su presentación haciendo ver que consideraba a este tipo de legislaciones como “no progresistas” o “involutivas” desde una doble consideración. Esta valoración descansa en el reconocimiento de un principio y la asignación de un cometido para el Derecho.

1.- El principio, dijo, es que al lidiar con dimensiones de valor, inconmensurables, el Derecho debe estar orientado –como razón práctica– al respeto por cada valor fundamental en cada acto, de acuerdo a la conocida formulación de John Finnis, que para estos efectos no es distinto del imperativo kantiano que impide la instrumentalización del ser humano: “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio.” Remarcó que el Derecho debería entonces inspirarse -allí donde se trate de valores fundamentales, no disponibles e inconmensurables (la vida humana lo es, en cualquier condición)- en una razón de justicia (ética), no orientada a las consecuencias (no utilitarista).

Precisó que desde este principio se advierte que nunca puede ser lícito supeditar la vida de un ser humano a los intereses de otro, cuanto menos allí donde aquél no se haya constituido como “agresor”.

2.- El cometido consiste en que el Derecho debe manifestarse como herramienta de sensata coordinación de las múltiples interacciones humanas, de manera que efectivamente suponga una forma de contención o reducción de la violencia, lo que no es distinto a decir que el cometido del Derecho supone una intención de protección del débil de cara al fuerte, es decir, de protección de quien es puesto en peligro en el marco de esas interacciones.

Despenalizar o legalizar/permitir. Sobre la distinción entre justificación y exculpación en el Derecho Penal. Entre “hacer lícito” y “exculpar”

Connotó que a partir de estas consideraciones, pueden advertirse razones para oponerse a un proyecto de ley que, como quiera que se lo mire (aún como fórmula meramente despenalizadora), supone “hacer lícita” la eliminación de un miembro de la especie humana.

Advirtió que esta oposición no supone la afirmación de la necesidad de castigar siempre y en todos los casos a quienes intervienen en el proceso de interrupción del embarazo. El Derecho penal conoce categorías que permiten hacer distinciones válidas en este plano, operativizando soluciones “liberales”, respetuosas de los problemáticos márgenes de libertad de actuación de las mujeres embarazadas y de los médicos. Lo anterior, ya por la vía del reconocimiento de espacios de riesgo permitido bajo un supuesto de correcta praxis médica, lo que redundaría en atipicidad o exclusión del tipo penal de aborto, hasta

soluciones de exculpación, bajo supuestos de estados de necesidad o inexigibilidad de otra conducta.

Manifestó que el problema es que se propone aquí autorizar (permitir, hacer lícita de manera general) la muerte de un ser humano (no nacido) inocente; esto es, la privación del elemental derecho a la vida bajo un presupuesto en el que la situación que la provoca no puede verse como una consecuencia de la organización de la propia existencia personal del afectado.

Consignó que este último aspecto traza una diferencia central entre un instituto como la legítima defensa y las autorizaciones a abortar que el proyecto de ley propone, pues mientras que contra una agresión ilegítima puede ser lícita una respuesta defensiva-lesiva, una agresión a la persona no-nacida no puede ser lícita. El Estado -el ordenamiento jurídico- puede y aún debe suspender el juicio de reproche contra quien practique un aborto en determinados supuestos reconducibles a un “estado de necesidad exculpante” o, en general, a fórmulas de “inexigibilidad”, en estatutos ampliamente conocidos en todos los ordenamientos y por cierto también en el chileno, ya bajo fórmulas psicologizantes de inexigibilidad– como el tradicional artículo 10, N° 9, del Código Penal, ya bajo fórmulas normativizadas de estado de necesidad, como el más reciente artículo 10 N° 11 del mismo Código, pero no debe admitir como generalmente lícita la causación de la muerte de una persona no nacida.

Resaltó que para la distinción entre justificación (licitud) y exculpación (ilicitud no sancionada) puede resultar aclaratorio considerar el escenario que plantea el artículo 10, N° 7, del Código Penal versus otros supuestos de exculpación. Añadió que en el mencionado artículo se trata de ponderar, por ejemplo, vida versus propiedad, de modo que el legislador puede bien privilegiar a priori, para todos los casos, la vida por sobre la propiedad. En las situaciones de exculpación ello no es así, pues –por ejemplo– se tratará de vida versus vida, sin que exista un presupuesto de justicia para privilegiar una sobre otra.

Hizo presente que una situación semejante -esto es, una autorización legal para matar a una persona inocente o no agresora- no tiene precedentes en nuestro ordenamiento. Recalcó que no se conocen normas que hagan lícita la privación de vida de personas nacidas inocentes o no agresoras. Y esto en razón de lo ya dicho: el elemental principio de igualdad que arranca de la igual dignidad de las personas -¡es desde aquí que llegamos al conocimiento de los derechos humanos!-, de modo que el Estado no se permite a sí mismo privilegiar a unos sobre otros, autorizando de manera general la privación de vida de una determinada categoría de personas por sobre otras. Afirmó que en supuestos de conflicto de “vida contra vida”, en el que ninguna vida pueda verse como causante de una

agresión provocadora del conflicto, el Estado no ha de colocarse como árbitro *ex ante*, autorizando para todos los casos la muerte de unos a manos de otros.

Ejemplificó con el caso de dos personas conectadas a una red de alimentación insuficiente para contenerlos a ambos. Se preguntó qué criterio se deberá utilizar: ¿derecho de prelación? ¿ponderación de acuerdo a cualidades o circunstancias de los sujetos? ¿ponderación de acuerdo un criterio de utilidad? Expresó que volvería sobre el punto.

Connotó que la excepción tradicional la ha constituido justamente la legítima defensa, en la que la privación del derecho de uno puede verse en principio como una consecuencia de su propia organización, aún si no imputable. Fuera de ese escenario, la tan elogiada ponderación de intereses –que se hace aquí en desmedro de la protección del *nasciturus*– tiene más de alienación del contenido esencial de su derecho a la vida -artículo 19, Nº 26, del texto constitucional- que de maximización del comprensible interés de autonomía de la portadora del embarazo.

Sobre el status de persona del concebido. ¿Falacia naturalista?

Se preguntó cómo es que se propone entonces una solución distinta – discriminatoria para la persona no nacida – en el caso del aborto.

Señaló que no advierte más que dos alternativas:

1.- Frontalmente se niega al no nacido el status de persona –desplazándolo a mero “objeto de protección”– o bien,

2.- Se le reconoce al *nasciturus* la calidad de persona (solo formalmente), para luego privilegiar los derechos de uno sobre otro en base a una consideración de utilidad, contraria a la idea de justicia del acto.

Hizo presente que en lo que restaba de su exposición, se limitaría a abordar la primera variante justificadora del aborto, a saber, el desconocimiento del *status* de persona al concebido.

Abordando derechamente el meollo de la cuestión, sostuvo que sobre la arbitrariedad y peligro de conceder al Estado un poder como el que proporciona una ley que haga lícito el aborto, Robert Spaemann advierte:

“Los científicos concuerdan que el desarrollo del organismo humano es estrictamente continuo [sin saltos]) y sigue al código

genético ([único e irrepetible, distinto al de los progenitores biológicos]), de manera que (…) cualquier limitación del inicio de la 'humanidad' sería arbitrario. Concederle al Estado (…) el derecho a determinar arbitrariamente quien es humano en el sentido normativo o legal y quien no lo es, significa sustraer el carácter fundamental de los derechos humanos como 'derechos fundamentales'. De hecho [desde esta perspectiva], el Estado podría en cualquier momento restringir, mediante la particular definición de "ser humano" que adopte, quién puede reclamar estos derechos y quién no.".

Destacó que en la misma línea, podemos leer las conclusiones del destacado penalista español, Jesús Silva Sánchez:

"Cualquier criterio que no sea el de la pertenencia a la especie humana nos convierte a unos en jueces de otros, lo que supone la propia negación del concepto de derechos humanos"

"Esos criterios distintos, por mucho que se presenten como vinculados al seguimiento de determinadas formas o procedimientos, apenas logran ocultar la realidad de un sistema político cuyo eje es el poder que los fuertes ejercen sobre los más débiles.".

Enfatizó que se suele refutar este punto de vista denunciándolo como falazmente naturalista, dada la criticada pretensión de que del ser se desprenda sin más el deber-ser. La crítica se dirige contra quienes afirman que el *nasciturus* es persona también ante el Derecho, por el solo hecho de ser humano (individuo de la especie homo sapiens). Se cuestiona entonces aquella (presunta) falacia afirmando que la personalidad no se asocia al individuo de la especie humana como predicado descriptivo, sino a partir de un juicio de adscripción, valorativo (político, en último término). Pero los críticos terminan ellos mismos incurriendo en la falacia denunciada, pues a la pregunta sobre los fundamentos del juicio de imputación o adscripción de personalidad, se responde echando mano a cualidades o estadios de desarrollo del ser, a atributos como la capacidad de autonomía, etc., es decir, se recurre ya no al solo ser, sino a un ser-tener, pero se trata siempre de un estado de cosas objetivo-natural del cual se quiere desprender el deber-ser.

De suerte que, continuó explicando, como en la alegoría del Barón de Münchhausen, que por más que lo intente, no puede sacarse a sí mismo del pantano tirándose de la propia cabellera– estamos todos al parecer en la misma circularidad, en el mismo lodo…Quizás si acaso porque se trata de cuestiones últimas, sobre las que poco más que balbucear podemos, con pudor. Es verdad que no hay más remedio que zanjarlas, deliberativa y democráticamente, ¿pero en ese contexto no constituye acaso un punto de vista más seguro el de quien acepta la personalidad del *nasciturus* como hipótesis de trabajo? El "principio de precaución" –tan caro a los europeos de la post-industrialización– aboga en esa dirección.

Retomando lo antes planteado, indicó que un Estado que se arrogue a sí mismo este poder “constitutivo” de la personalidad, no es distinto al operativo en sociedades censitarias. El argumento del *slippery slope* (del plano inclinado) está a la mano aquí: hay en efecto un riesgo de insensibilización hacia el drama que supone el aborto. Pero no es el único riesgo, pues una reforma como la que aquí se propone crea además una forma institucionalizada de abandono de la mujer embarazada, por cuanto la sociedad se desentiende del problema y lo traslada por entero a la mujer. ¡Aborte! -se le dirá- que es así como hemos previsto en primer término que resuelva usted su problema.

Conclusión

Para cerrar su presentación, evocó la imagen de la “posición original” y del “velo de ignorancia” de John Rawls, casi un “mito de la caverna” en la filosofía política contemporánea. Detalló que Rawls supone las mejores condiciones para pactar un contrato social justo: a saber, en una posición original en la que no conocemos las condiciones vitales o el rol que nos depararía el destino en la futura sociedad. Esta “ignorancia de partida” nos colocaría en condiciones óptimas para negociar un contrato social, buscando las mejores soluciones para todos, procurando no cegarnos ante intereses que hoy -descorrido parcialmente el velo– solemos defender (pues en el modelo de Rawls no sabríamos de qué lado de la sociedad estaríamos: así, por ejemplo, quien quiera defender un modelo de sociedad extremadamente meritocrático y de muy bajos impuestos [posiblemente un optimista, propenso al riesgo], deberá tener cuidado al defender su posición, pues su nacimiento como un talentoso-acaudalado es del todo incierto; algo análogo puede decirse de quien, con menos optimismo, desee vivir en una suerte de paraíso de la beneficencia estatal, en el que poco o nada se recompense el esfuerzo personal.

Se preguntó si en un escenario como ése –en la posición original– nos atreveríamos a lanzar una moneda al aire y permitirnos propiciar un set de reglas liberalizadoras de la interrupción del embarazo. ¿Nosotros y nosotras que no tendríamos cómo saber si el destino nos colocaría entre los nacidos o solo entre los concebidos-no-nacidos?

¿Cómo puede caracterizarse este proyecto -o cualquier iniciativa legislativa que tienda a hacer lícita la interrupción del embarazo- en el panorama del desarrollo de la cultura y del progreso humano?

Estimó que puede caracterizarse como un aparente progreso -un progreso unilateral– que empalma con un modelo de sociedad no totalmente inclusivo. Una sociedad en la que -de no conocer el grado de desarrollo humano que nos depararía el destino- posiblemente no

querríamos correr el riesgo de ser concebidos: sometidos todos al mismo riesgo, mujeres y hombres por igual.

Luego, hizo uso de la palabra **el profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señor Alex Van Weezel.**

El señor Van Weezel agradeció la invitación de la Comisión y comenzó su alocución expresando que al leer los informes evacuados durante la tramitación del proyecto, queda con la impresión de que casi todos los puntos de vista han sido planteados y algunos de ellos de un modo muy elocuente, en ambos sentidos.

Por lo mismo, se preguntó qué podría decir desde su área de trabajo, el derecho en general y el derecho penal en particular.

Reconoció que hay un aspecto jurídico-político que no ha sido suficientemente destacado y que es de la mayor trascendencia.

En primer lugar, manifestó que es clave tener presente la distinción entre legitimar o justificar una conducta, por un lado, y simplemente tolerar o excusar esa conducta, por el otro. En ambos casos, el derecho exime de sanciones o castigos a la persona que la realiza. Pero en nuestro sistema jurídico estas dos situaciones son radicalmente distintas. En efecto:

- Legitimar o justificar quiere decir aprobar en toda la línea; quien está justificado para realizar una conducta tiene derecho a realizarla, al menos en el sentido de que nadie se lo puede impedir y que quien lo hace, eventualmente comete delito.

- Tolerar o excusar quiere decir mucho menos: la conducta sigue siendo contraria a derecho, pero solo un héroe habría actuado de forma distinta y, por lo tanto, la sociedad renuncia a la imposición de un castigo. No existe un derecho a realizar la conducta, solo se renuncia a la sanción.

Destacó que esta diferencia es jurídicamente abismal. Añadió que justificar el aborto, que es lo que pretende el proyecto, equivale a convertirlo en una prestación legítima de salud y, por lo tanto, en un derecho. Añadió que excusar a quienes actuaron en una situación de conflicto personal o existencial solo permite prescindir de eventuales sanciones.

Evitar un malentendido:

Sostuvo que la legitimación de una conducta puede obedecer a consideraciones muy distintas; entre ellas, que no es razonable exigir a todas las personas un cierto tipo de conducta. La ley humana no puede prohibir todos los vicios; el ejemplo clásico es el ejercicio de la prostitución, a diferencia de lo que pasa con su fomento, que incluso es delito.

Agregó que el Derecho Penal puede ir incluso más lejos y no tipificar ciertas conductas que son contrarias a Derecho pero que no pueden ser combatidas eficazmente con el instrumento penal (problema de idoneidad masiva). Esto, dijo, vale para ilícitos de entidad media hacia abajo como ocurrió con la despenalización del adulterio, pero no para atentados contra los bienes más importantes. Puede ser que la rama del Derecho antes mencionada sea poco apta para combatir las violaciones o abusos sexuales en ciertos contextos, pero no por eso se van a despenalizar por falta de idoneidad.

Advirtió que ni la renuncia a la prohibición ni la renuncia a la tipificación penal implican que la conducta se convierte en perfectamente lícita para el derecho. Esta, precisó, es la primera gran diferencia con el proyecto de legalización del aborto pues si se verifican las causales, el aborto es legítimo y constituye un derecho exigible. No es una simple renuncia al castigo.

Subrayó que la segunda gran diferencia es que lo propio de la inexigibilidad es el examen caso a caso. El proyecto establece una permisión general cuando se dan determinadas circunstancias objetivas. Esta, observó, es la lógica de la legitimación.

Consignó que el segundo punto es el siguiente: las leyes reflejan en parte lo que una sociedad es y, en parte, lo que esa sociedad aspira a ser. En la mayor parte de las leyes hay una cuota de realismo y un contenido “aspiracional”. Así ocurre con la ley del lobby, con la ley N° 18.216, con los derechos y deberes de los pacientes, con las normas sobre adopción, la ley contra la discriminación, etcétera.

Connotó que detrás de todos estos ejemplos y muchos otros hay una idea rectora, que es la que guía todas las “aspiraciones”: construir una sociedad donde, en los hechos, se valore y respete cada vez más y mejor la dignidad humana. La mayor parte de las veces esto se hace asignando directamente mayor autonomía (por ejemplo, el derecho del paciente a rechazar un tratamiento); otras veces se restringe aparente o transitoriamente esa autonomía para recuperarla después (por ejemplo, las cotizaciones obligatorias y toda la discusión sobre seguros obligatorios como el llamado “Obamacare”). En todo caso, el ser humano y su dignidad están en el centro.

Hizo presente que una ley que legitime o justifique el acto de matar al no nacido para obtener un fin valioso rompería con esa idea rectora. Una ley así supone necesariamente introducir en la vida social, en el tejido de las relaciones entre las personas, un principio completamente inédito en la sociedad chilena, más allá de todos los abusos y situaciones puntuales, que justamente se trata de cambiar. Señaló que este nuevo principio rezaría que la dignidad del otro no es absoluta, sino que puede subordinarse a la utilidad o conveniencia para un fin distinto, desde luego valioso. Que existe algún interés superior que justifica maltratar y matar violentamente a un ser humano inocente.

Con todo respeto y con el mayor cuidado para no que no se malinterprete la analogía, expuso que los países que han tenido que lidiar seriamente con el terrorismo se han visto enfrentados, tarde o temprano, a decisiones que se ilustran con el ejemplo de la "*ticking bomb*". Los terroristas han puesto una bomba que si estalla matará con toda seguridad a 100 personas; la policía consigue aprehender a uno de los terroristas que sabe dónde está la bomba y cómo desactivarla. Se preguntó si es lícito torturarlo para que revele estos antecedentes que permitirán salvar 100 vidas, dejando de lado que el terrorista es, en principio, plenamente responsable del peligro que afecta a las potenciales víctimas pues él puso la bomba.

Apuntó que alguien podría objetar esta analogía diciendo que se trata de situaciones muy distintas: primero, en el ejemplo los potenciales torturadores son agentes del Estado que se dirigen a un detenido; segundo, y además, ellos no están en una situación en que el comportamiento conforme a derecho sea exigible solo a un héroe. Pero respecto de lo primero, las diferencias se atenúan o incluso desaparecen si uno piensa que los deberes de los progenitores muchas veces son más intensos que los deberes de los funcionarios públicos y que el médico que practica el aborto podría ser también un funcionario público actuando como tal. De manera que lo que distingue uno y otro caso -ya dejado aparte que el terrorista puso la bomba- es que el policía no necesita ser un héroe para abstenerse de torturar.

Destacó que, por lo tanto, para lo que aquí interesa, la verdadera diferencia entre un caso y otro -entre la tortura para salvar vidas y el aborto para obtener un fin valioso- no está en el plano de la justificación, sino en el de la excusa. Ambas conductas son igualmente contrarias a derecho en un esquema binario: derecho/injusto, solo que en el caso del aborto se puede considerar la presencia de una excusa y en el caso de la tortura, no.

Este es, a su juicio, el gran error jurídico del proyecto: confunde los planos de la justificación y la excusa, lo que equivaldría a legitimar o justificar la tortura.

Añadió que es el gran error del argumento mencionado al comienzo: supongamos que el padre de algunas de las potenciales víctimas que tiene la posibilidad de forzar con violencia al terrorista para que hable. Si lo hace, podría venir a cuento la posibilidad de excusarlo. Estimó que a nadie se le pasaría por la cabeza dictar una ley que legitime la tortura o las lesiones en todas las situaciones análogas, añadiendo que la excusa es un asunto del caso particular.

Recalcó que lo mismo ocurre aquí: pues de lo que se trata en el proyecto es de legitimar el maltrato físico sobre un ser humano hasta provocarle la muerte, en ciertos casos.

Citó a uno de los autores más influyentes en nuestro medio durante los últimos 30 años: Günther Jakobs (Rechtmäßige Abtreibung von Personen?", JR 2000, pp. 404 y ss.). Se pregunta si puede existir un aborto legítimo de personas, es decir, de sujetos a quienes en el mundo del derecho se les reconoce una igual "dignidad", y responde que no. En la medida en que sea legítimo abortar, el feto no es persona, no es un igual en dignidad y derechos.

Es decir, manifestó que la justificación del aborto para obtener un fin valioso transformaría radicalmente las relaciones sociales en Chile, pues habría seres humanos que no serían reconocidos como iguales en dignidad. Se convertiría en una sociedad formada por seres humanos no solo de categorías distintas, sino además donde la pertenencia a una cierta categoría estaría asociada a la posibilidad de ser maltratado y matado violentamente si es que ello es necesario para obtener un fin valioso para otra persona.

Indic´o que añadiría un tercer punto, al hilo de las consideraciones de otro de los penalistas mundialmente más influyentes de los últimos años, Claus Roxin (en Baumann, Das Abtreibungsverbot des § 218 StGB, 1971).

Informó que Roxin reprocha a los partidarios de la despenalización del aborto el estar impulsando una política social reaccionaria (en el sentido de que lleva a mantener un status quo injusto) y violenta contra la mujer. Con sus propias palabras:

"La solución de la mayoría se convierte en defensora del status quo al querer declinar toda responsabilidad en la embarazada: El estado se preguntará que por qué ha de gastar dinero en los menos privilegiados si los problemas de éstos se pueden solucionar

mucho más cómodamente mediante el aborto; como no es él quien aprueba el aborto, sino la embrazada misma quien lo desea y realiza por propia decisión, el Estado puede lavarse las manos y conformarse con buenas palabras […] Quien, pese a ciertas cargas que ello comporta se decidiera a traer un niño al mundo, pasaría por estar medio chiflada y el ambiente circundante caracterizado, como es notorio, por su estrechez de miras […] le negaría toda ayuda con el argumento de que ella misma es culpable de su situación y que, por tanto, debe soportar ella sola sus consecuencias. ¿Por qué no ha abortado, si esto está permitido?, se le preguntará; y se le dirá que, si no lo ha querido hacer, tenga la amabilidad de no cargar a los demás con los problemas que ella misma ha creado […]".

Reseñó que ya en aquella época, comienzos de los años '70, se había identificado una de las principales causas del aborto y cómo la legalización del aborto se convierte en una de las formas más reprobables de violencia contra la mujer. Por eso, agrega el mismo Roxin:

"Una liberalización del aborto, como la que piden muchos hombres de modo aparentemente altruista y en el exclusivo interés de la mujer, colocaría en un aspecto esencial a las mujeres en una situación de dependencia mucho mayor respecto del hombre. En efecto, no siempre es el deseo de la mujer lo que la mueve a abortar, sino que con la misma frecuencia es el padre […] del niño quien por motivos poco nobles no quisiera tocar su cartera por más que disponga del suficiente dinero. Si el hombre la apremia para que aborte, la mujer que quiere traer al mundo a su hijo podrá sustraerse a los deseos del hombre amparándose en la prohibición legal; pero, en cambio, si el aborto está permitido, quedará desamparada ante las presiones del hombre que no está dispuesto a pagar. Si ella accede a las exhortaciones de éste, se verá atormentada por su conciencia y será desgraciada, y si se resiste a los deseos del hombre, quedará definitivamente destrozada su relación con el mismo; este se desentenderá más que nunca de toda obligación [de alimentos], ¿y es que acaso se le podría obligar a pagar [alimentos] cuando la pretensión de pago se origina por 'culpa exclusiva' de la mujer?".

Recalcó que con todas las diferencias entre el régimen alemán de entonces y el que se contiene en el proyecto, los argumentos tienen la misma fuerza.

En Chile se añade, a todo esto, la escasez endémica de recursos para las prestaciones de salud. Si la alternativa más económica es el aborto ¿qué podría llevar a un centro hospitalario a gastar ingentes recursos en salvar la vida de una criatura que viene con problemas o que requerirá de un cuidado postnatal muy intenso?

Finalizó su exposición entregando las siguientes observaciones:

1.- El proyecto implicaría una transformación radical de las relaciones sociales pues no todos los seres humanos serán personas, o no lo serán de la misma categoría, y los de una categoría inferior podrían ser eliminados para obtener fines valiosos… ¿qué otras categorías de personas podría haber en el futuro?

2.- En la experiencia comparada, el aborto como política social lleva a replicar un *status quo* injusto y a una forma particularmente insidiosa de violencia contra la mujer.

A continuación, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** agradeció las exposiciones escuchadas y ofreció la palabra a **la señora Vicepresidenta de la Federación Internacional de Derechos Humanos y Directora de la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos-Ecuador, señora Elsi Monge,** quien agradeció a la Comisión por recibir a la delegación que ella representa.

Señaló que la FIDH reúne a ciento ochenta y cuatro ligas a nivel internacional y que el objetivo de su presencia en Chile consiste en estudiar la situación de la mujer en nuestro país. Agregó que la mencionada Federación se encuentra preocupada porque el aborto, en algunos países, constituye la principal causa de muerte de las mujeres, agregando que buscan apoyar la despenalización de la interrupción del embarazo por las tres causales que contempla el proyecto en estudio.

Estimó que su aprobación produciría un beneficio para la sociedad chilena, destacando que de todos los países de América Latina, Paraguay, Ecuador y Chile son los únicos que tienen una legislación contraria a la despenalización antes mencionada. Enfatizó que la Federación Internacional de Derechos Humanos ha realizado avances en Senegal y que próximamente lo hará en Polonia, tratando de que se acepte la realidad que significa atentar contra la vida de la mujer.

Concluyó su intervención expresando su solidaridad con la defensa del derecho de la mujer a decidir sobre su vida, lo que implica necesariamente dejar de considerar al aborto como un delito.

Enseguida, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya,** ofreció la palabra a los señores Senadores presentes.

El Honorable Senador señor Espina agradeció las exposiciones escuchadas. Manifestó que respecto a la materia en estudio surge una tesis que habla de un conflicto entre dos derechos, a saber, el

derecho a la vida del nonato y el derecho de la madre para disponer de la existencia de aquel.

Constató que el proyecto en estudio permite, en el caso de un embarazo originado en una violación, ponerle término siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Añadió que tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas. Recalcó que la discusión no radica en si hay vida antes de las doce o catorce semanas, puesto que ello ya está definido. Hizo presente que el proyecto hace prevalecer el derecho de la mujer de tener que soportar la carga de tener un hijo que será fruto de un delito, por sobre el derecho a la vida de éste. Consignó que el artículo 75 del Código Civil dispone que: “La ley protege la vida del que está por nacer.”, enfatizando que nadie discute que se está en presencia de vida cuando se habla del nonato. Entonces, dijo, la pregunta que surge es por qué debe privilegiarse el derecho de la madre.

Añadió que existe otra postura que señala que en las etapas iniciales del embarazo no hay vida. Consultó, entonces, cómo se interpreta desde el punto de vista del Derecho Civil y del Derecho Penal el artículo 19, número 1, de nuestra Carta Fundamental e inquirió si existen hipótesis en que se permite vulnerar el principio allí consagrado.

El profesor señor García manifestó que esta pregunta está en el centro de la problemática en estudio. Sostuvo que en lo dicho no hay duda de que estamos frente a una colisión de derechos e intereses, añadiendo que el problema radica en buscar una fórmula que la solucione, que sea coherente con nuestra Constitución y con los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos.

Sostuvo que su exposición tuvo por objeto demostrar que las soluciones que ofrece el derecho comparado no son neutras y toman una opción desde el punto de vista valorativo.

Reconoció que en la mencionada colisión se presenta un conflicto entre dos vidas, añadiendo que los modelos que van a proveer algún tipo de solución optan por valorar esas vidas de distinta manera. Respecto de la mujer, afirmó que no existe ninguna duda de que estamos ante una persona con todos sus derechos y dignidades; sin embargo, en relación al nonato los modelos optan valorativamente.

Precisó que en la presente iniciativa las indicaciones tienen una naturaleza justificante y, por lo tanto, se entenderá que el *nasciturus,* si bien es vida, es un objeto de valor y no un sujeto de derechos, de manera tal que al momento de ponderar los intereses, preferirán, en algunos casos, los intereses de la madre.

Aseveró que si se entiende que el no nacido es un sujeto de derechos, como lo expuso el profesor Londoño, la solución debería ser distinta.

En relación a la pregunta sobre el artículo 19, número 1, de la Constitución, remarcó que éste no se puede interpretar sin vincularlo con los artículos 1°, 3° y 4.1 del Pacto San José de Costa Rica. Agregó que el mencionado Pacto dispone que para efectos de la Convención, son personas todos los seres humanos y que todas ellas tienen derecho a personalidad jurídica, esto es, a que se les reconozca su titularidad de derechos subjetivos humanos. Destacó que el artículo 4.1 señala: “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.”. Connotó que el estatus de titular de derechos subjetivos está radicado y expresado en los artículos 1° y 3° del mencionado tratado.

Recalcó que quienes intenten dar una interpretación al artículo 19, número 1, de nuestra Carta Fundamental sosteniendo que simplemente éste entrega a la ley la facultad para que proteja la vida del que está por nacer, está desconociendo el contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y estimó como aberrante considerar al nonato como objeto de derecho, añadiendo que lo anterior significa una renuncia de mucho valor político en nuestro país.

La señora Domínguez manifestó que la actual discusión no es en abstracto, sino que se realiza conforme al ordenamiento jurídico vigente, más allá de las posturas representadas. Consignó que de acuerdo a dicho ordenamiento, no existen dos derechos en colisión, añadiendo que el que se reconoce es el derecho a la vida del que está por nacer, que está consagrado constitucionalmente y forma parte de nuestra tradición jurídica que comienza con el Código Civil en el año 1855.

Expresó, además, que no existe un derecho de la mujer para disponer de su cuerpo, recordando que por la misma razón no se permite el suicidio y se sanciona la cooperación al mismo. Remarcó que ni siquiera se puede disponer de los propios órganos, puesto que ello solo se autoriza en ciertas circunstancias y con determinados límites. Hizo presente que en este caso no se está hablando del derecho de la mujer a disponer de su cuerpo, porque la pregunta que debe responderse es si el nonato es parte del organismo de la mujer, siendo evidente que la respuesta es negativa.

Aseveró que desde el punto de vista del derecho vigente, es indiscutible que el ordenamiento constitucional tutela al que está por nacer, reafirmando que una interpretación de buena fe de nuestra Carta Fundamental debe conducir a ello. Manifestó, enseguida, que el artículo 19, número 1, de la Constitución Política ha sido interpretado por nuestro

Tribunal Constitucional, haciendo presente que la sentencia rol N° 740 dispone que nuestra Carta Fundamental contiene una tutela clara del que está por nacer y reconoce que cualquier conflicto en relación al nonato debe resolverse en conformidad al principio *pro homine*. Por lo tanto, existiendo dudas acerca de cuál es el mecanismo operativo en el caso de la píldora del día después, dicho Tribunal decidió a favor del *nasciturus*.

Apuntó que también existen sentencias de la Corte Suprema y dictámenes de la Contraloría General de la República que reafirman la interpretación antes referida.

Recordó que quienes quieren cuestionar el contenido del artículo antes citado invocan las Actas Constitucionales, las que dan cuenta de que en las respectivas sesiones se produjo apenas un empate. Destacó que cuando se reforma la Constitución en el año 1999 para sustituir la expresión “hombre” por “persona”, tanto el Honorable Senador señor Larraín como el ex senador señor Bombal argumentaron 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 nuestra norma constitucional.”. Dejó constancia que dicho acuerdo fue votado unánimemente en la discusión en Sala, concluyendo que una cosa es lo que se quiere hacer decir a la Constitución y otra es qué han decidido quienes la han interpretado.

Señaló que en las tres causales que contempla el proyecto de ley en estudio podría plantearse que existe una situación o un problema respecto de la mujer y de la criatura. Sin embargo, la única mirada correcta es determinar que existe un derecho y un interés que deben ser conciliados, en la medida en que interesa que la situación sea resuelta de la mejor forma para ambos. Añadió que desde ese punto de vista, hay que tener presente que el embarazo no afecta la dignidad de la mujer y que no puede ser causa de una degradación humana; por lo tanto, frente a las situaciones que plantea la iniciativa en discusión, la interrupción del embarazo no puede consistir en la única solución.

Indicó que en Chile existe plena experiencia en cuanto a acompañamiento de la madre en todas las causales en estudio, con resultados acreditados que no se traducen en poner término a la vida del nonato.

Hizo presente, finalmente, que es inadmisible creer que la *praxis* médica puede ser legislada, pues en ella, por definición, se decide caso a caso, añadiendo que nunca tendremos una regla general que permita solucionar la totalidad de los casos posibles.

El profesor señor Londoño manifestó que es inédito que el Estado opte por una clase de personas *versus* otra, consignando que en la legítima defensa se puede encontrar un ejemplo válido de lo anterior. En esta institución, el Estado dispone que entre la vida del agredido y la del agresor, se opta por la del primero. Afirmó que, aun así, para no transferir un excesivo poder de matar a la potencial víctima, se regula el estatuto de la legítima defensa.

Apuntó que una autorización para matar a otro, en la medida en que entendamos que este otro es persona, excluyendo al agresor del caso antes mencionado, es inédita en nuestro derecho. Añadió que lo que no parece aceptable es que el Estado tome una decisión y construya una regla válida, general para todos los casos *ex ante*. Consideró que nadie podría levantar la mano para condenar al padre que en una situación *in extremis* adopta medidas para torturar y obtener información sobre dónde va explotar una bomba que amenaza a su hijo. Subrayó que, en todo caso, sería insensato construir una regla *ex ante* en que se autorizara a todos los padres a torturar en un supuesto semejante.

Declaró que para evitar lo anterior, contamos con una justicia que puede valorar los hechos caso a caso, lo que impide el abuso de la regla, agregando que el Derecho Penal vigente tiene elementos para administrar justicia en los extremos antes planteados.

Respecto a la historia fidedigna de nuestro texto constitucional vigente, enfatizó que ella constituye un antecedente interesante, pero absolutamente insuficiente a la luz del desarrollo de los derechos humanos.

Explicó que si se concediera que hay un estatuto parcialmente diferenciado en el inciso segundo del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, resultaría muy problemática una legislación sobre aborto como la que se propone, a la luz del numeral 26° del artículo antes mencionado pues una iniciativa de este tenor afecta el contenido esencial del derecho involucrado.

Se preguntó, enseguida, si sería constitucional un estatuto de legítima defensa que sin ningún tipo de limitación, sin ningún parámetro, conceda el derecho a matar al agresor, agregando que podría plausiblemente entenderse que ello vulnera el contenido esencial del derecho a la vida. Estimó que si se llegara a aceptar la existencia del estatuto antes mencionado, aun así la vida del *nasciturus* debe ser protegida. Acotó que la consulta pertinente es si un proyecto de ley de esta naturaleza afecta en su contenido esencial ese derecho de protección a la vida.

El profesor señor Van Weezel coincidió con los argumentos expuestos, aseverando que respecto al conflicto de derechos

planteado, no existe ninguna regla en nuestro ordenamiento que acepte resolverlo afectando a una persona a costa de otra, menos todavía a costa de la vida de la otra. Expresó que el único caso en que ello se permite es en el de la agresión ilegítima.

El Honorable Senador señor Larraín manifestó algunos reparos ante lo expresado por la representante de la Federación Internacional de Derechos Humanos que hizo uso de la palabra, quien, según estimó, realizó un alegato a favor de una posición determinada ante el tema en estudio. Afirmó que conoce muchas organizaciones internacionales que piensan distinto a lo planteado por ella, que no han tenido la posibilidad de hacer uso de la palabra en las audiencias celebradas por la Comisión. A la vez, hizo presente que hay muchas personas que forman parte de “los sin voz”, que no tienen ninguna representación ni organización.

Manifestó que de lo planteado surge una cierta coherencia en nuestro ordenamiento jurídico entre los distintos niveles normativos, pues la Constitución dispone que la ley debe proteger la vida del que está por nacer. Sostuvo que no parece que una forma de protección sea autorizar el aborto ante ciertas causales determinadas, concluyendo que se produciría una contradicción si se aprueba esta iniciativa.

Agregó que existe actualmente coherencia entre ese principio constitucional y lo que disponen y consagran el Derecho Civil y el Derecho Penal. Sobre cómo resolver la incoherencia legislativa que se produciría si se llegara a aprobar la norma que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo, indicó que si así sucediere, será necesario modificar todas las demás disposiciones que contradigan la despenalización del aborto en tres causales.

El Honorable Senador señor Harboe agradeció las exposiciones escuchadas, aun cuando declaró que no comparte gran parte de los argumentos entregados.

Aseveró que se han hecho algunas afirmaciones que deben ser precisadas. Apuntó que es impropio utilizar adjetivos calificativos respecto de la capacidad de reflexión que debe tener el Senado y de las consecuencias de la decisión que adopte, lo que no debe ser catalogado, sino que más bien debe motivar la presentación de los respectivos argumentos jurídicos. Lo anterior, en atención a lo señalado por el profesor García Palominos, quien habría calificado como aberrante el hecho de tomar una decisión en un sentido contrario a lo que él piensa.

A la vez, solicitó hacer llegar a los expositores el trabajo la Biblioteca del Congreso Nacional titulado “El aborto en el derecho internacional de los derechos humanos” y la exposición del asesor legislativo señor Estradé-Brancoli, que resume las Actas Constitucionales. A propósito

de las Actas Constitucionales, manifestó que que en la sesión del 14 de noviembre del año 1974, don Jaime Guzmán planteó: “La madre debe tener el hijo, aunque salga anormal, aunque no lo haya deseado, aunque sea producto de una violación, aunque de tenerlo derive su muerte”, ante lo cual todos los comisionados le dijeron que no estaban de acuerdo y que no aceptarían el intento por prohibir todo tipo de aborto.

Añadió que al amparo del Código Penal, que data del año 1874, se permite la legalización del aborto terapéutico el año 1931. Consignó que don Carlos Ibáñez del Campo consideró que éste debía permitirse por un tema de política pública sanitaria. En consecuencia, afirmó que es plenamente compatible, según el constituyente del año 1925 y los criterios del legislador posterior, la existencia de la interrupción del embarazo. Reseñó que don Eduardo Frei Montalva, a consecuencia de la constatación objetiva del aumento del número de abortos que se estaba produciendo, disminuyó los requisitos para interrumpir el embarazo, lo que siguió rigiendo durante el Gobierno Militar. Precisó que, sin embargo, antes del retorno de la democracia a nuestro país, se prohibió todo tipo de aborto.

Expresó, en último término, que es importante que en en este debate no queden establecidas ciertas posiciones, muy legítimas por cierto, como verdades absolutas, ya que la deliberación democrática le corresponderá a este Senado.

El Honorable Senador señor Espina hizo presente que, actualmente, la legislación contempla la penalización del aborto, regla que consideró poco razonable. Añadió que si se mantuviese esta prohibición, correspondería saber cuál debiera ser la eventual sanción o juicio de reproche respecto de quien comete el ilícito.

Recordó que era miembro de la Comisión de Constitución cuando se incorporó al Código Penal el artículo 10, número 11, precisando que éste fue redactado por el destacado penalista señor Enrique Cury. Preguntó, entonces, si la legislación otorga instrumentos para eximir de responsabilidad a quienes pudieren incurrir en alguna de las causales de aborto.

Constató, por otra parte, que no se puede comparar el aborto con la legítima defensa, ya que esta última debe reunir los siguientes requisitos, a saber: 1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar; 2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo; 3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita, y 4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa.

El profesor Van Weezel destacó que si se introdujera una regla que autorice a la mujer a superar el conflicto que le afecta sacrificando la vida de otro ser humano, entonces se plantearía la siguiente pregunta: ¿en qué otras situaciones se podría poner fin a la vida de otro cuando las personas se vean amenazadas por un mal grave? Consignó que planteado así, el panorama sería desolador.

Recalcó que en nuestro ordenamiento no se ha introducido ninguna norma ni principio conforme al cual las personas puedan resolver sus conflictos a costa de bienes personalísimos de terceros.

En relación al planteamiento del Honorable Senador señor Harboe, manifestó que es significativo que los ejemplos dados, en especial en el caso del ex Presidente señor Ibáñez del Campo y la modificación promovida por el ex Presidente señor Frei Montalva, se refieran al aborto terapéutico, que es la hipótesis más compleja de todas. Subrayó que en la doctrina penal siempre ha existido una discusión en torno a cuál era estatus jurídico de las reglas que lo autorizaban, en el sentido de si importaban una justificación o una exculpación. Estimó que no hay mayor dificultad en resolver el conflicto por vía legislativa a través de una regla general sobre colisión de derechos, lo que no sería incompatible con el artículo 19, número 1, de nuestra Carta Fundamental.

Hizo presente, enseguida, que el Honorable Senador señor Harboe se refirió a quienes están por una posición más restrictiva en estas materias como personas que estarían en el lado del conservadurismo. Informó que no compartía dicha valoración, porque estamos en presencia de un asunto bastante transversal. Reconoció conocer a muchas personas que desde la academia, teniendo una filosofía moral más próxima a otras corrientes, tienen una posición restrictiva en materia de aborto, precisamente por este principio de resolución de conflictos a costa de la vida de otro.

En relación al artículo 10, número 11, del Código Penal, hizo presente que se trata de una regla especial, explicando que a la doctrina penal le ha costado mucho trabajo interpretarla. Agregó que la opinión dominante considera dicho numeral como una causa de exculpación, es decir, como una excusa que permite prescindir de la pena en atención al caso particular.

Aseveró que los pocos que ven en ella una regla de justificación, entre los que se cuenta, hacen la distinción entre aquellos casos en que hay un responsable de la situación de peligro y aquellos en los cuales se resuelve el dilema a costa de uno que no es responsable del mencionado problema. Precisó que en esta última situación, el tercer requisito del ya citado artículo 10, número 11, opera como válvula reguladora, es decir, se justifica la conducta en la medida en que no

provoque un daño grave a aquel a cuya costa se está resolviendo el conflicto, de tal manera que quedan fuera de esa hipótesis las tres causales que se están discutiendo en el proyecto en estudio.

El Honorable Senador señor Espina preguntó si lo anterior deriva de la norma que prevé que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.

El profesor Van Weezel respondió que si el que es afectado por la reacción es el responsable del conflicto, podría causársele a aquél un mal un poco superior. Por otro lado, si el afectado por la reacción no es responsable, deberá haber una clara prioridad del bien que se salva por sobre el que se sacrifica.

Respondiendo la pregunta del Honorable Senador señor Larraín, **la profesora Domínguez** señaló que, indiscutiblemente, si se aprueba la iniciativa en estudio se sentará una incoherencia completa, ya que ésta introduciría una inflexión cardinal en nuestro ordenamiento.

Recalcó que algunos pretenden sostener que es solo una despenalización y no una legalización, sosteniendo que, luego, la norma deberá interpretarse sin que nadie pueda afirmar que ello se hará restrictivamente. Recordó la cita del gran civilista español, don Manuel Albaladejo, que reza: “La ley reina y la jurisprudencia gobierna.”. Indicó que cuando uno quiere determinar cuál es la solución jurídica en un país, no basta con mirar la legislación, sino que se debe revisar también lo que se ha dicho de ella.

En relación a las Actas Constitucionales, connotó que la única discusión versó sobre el aborto terapéutico, de manera que nadie puede sostener que la Constitución no contenga un principio de protección. Sostuvo que dos comisionados señalaron que el legislador podría regular el mal llamado aborto terapéutico sin contravenir el mandato constitucional de proteger la vida del que está por nacer. A su vez, don Enrique Ortúzar manifestó: “Se acepta el aborto terapéutico en casos calificados, dando por ejemplo el que se trate de salvar la vida de la madre”. Añadió que el comisionado Evans consideró razonable que el legislador pueda no sancionar penalmente formas de aborto terapéutico, añadiendo que no existió acuerdo porque los comisionados Guzmán y Silva Bascuñán rechazaron tajantemente esta idea (sesiones 87, 89 y 90).

Declaró que cualquiera sea la interpretación, el artículo 19, número 26, de nuestra Carta Fundamental impide la afectación de los derechos que se garantizan mediante preceptos legales. Ratificó que es indiscutible la interpretación que la jurisprudencia ha hecho, en la cual no hay excepciones a la tutela.

El profesor señor Londoño expresó dudas respecto a si puede afirmarse que si se aprueba el proyecto en estudio se privará al *nasciturus* del derecho a la vida. Añadió que lo que sí resulta claro es que la vida del nonato, incluso si ha de protegerse y se le reconoce, está subordinada a una razón de utilidad y eso es lo que rompe un principio central en nuestro ordenamiento.

Reseñó que en la legítima defensa el legislador toma partido a favor del agredido, porque es el agresor quien ha puesto una condición en principio imputable a su condición, que afecta esa distinta protección. Sostuvo que lo anterior no se puede decir de ninguna manera respecto al *nasciturus.*

Respecto a las actas constitucionales ya referidas, hizo presente que la tesis del ex Senador don Jaime Guzmán no prevaleció en la discusión, añadiendo que a la luz de todo lo que ha sucedido con posterioridad, debe restársele importancia a las actas constitucionales de un gobierno de facto.

Destacó que los ex Presidentes señores Ibáñez y Frei Montalva se ocuparon solo del aborto terapéutico, lo que puede explicar por qué a la luz de la discusión y de lo que está en las señaladas Actas Constitucionales, solo diez años después de la Constitución de 1980 se legisló en el sentido que ya se conoce.

Subrayó que el ordenamiento jurídico actual es más poroso a una solución favorable al aborto terapéutico. En cuanto al artículo 10, número 11, del Código Penal, afirmó que bajo ninguna interpretación posible los casos previstos en las causales 2 y 3 de la iniciativa podrían quedar amparadas en dicho numeral. Subrayó que algunos han interpretado que en el aborto terapéutico podría aplicarse el artículo 10, número 11, siempre a la luz de la lectura como causa de exculpación, es decir, como una renuncia a la pena y no como un hacer lícito.

El profesor señor García apuntó que el gran problema de la presente iniciativa es que presupone interpretaciones que tienen efecto no solo en el proyecto de ley, sino que en todo el ordenamiento jurídico. Agregó que el gran riesgo no radica en tener una norma isla en el ordenamiento jurídico que no sea coherente, sino que el ordenamiento luego sea interpretado de tal forma que no considere como dignos a todos los seres humanos. Apuntó que ésa constituye la gran renuncia del modelo de indicaciones, añadiendo que es por esa razón que utilizó la expresión aberrante, respecto de cuyo uso pidió disculpas.

Recalcó que el gran problema del modelo antes señalado radica en que debe distinguirse necesariamente entre seres humanos que son valiosos pero ponderables y otros que son sujetos de

derechos, lo cual implica una cuestión anterior, cual es que la valoración moral que hacen los señores Parlamentarios respecto de los seres humanos no radica en la dignidad humana, en su naturaleza racional, sino que recae en cuestiones meramente accidentales, tales como haber nacido, haber cumplido un determinado número de semanas de gestación, en ser sano, etcétera.

Sesión del día 16 de enero de 2017

En esta sesión, la última dedicada al estudio en general de la iniciativa, **la Comisión** contó una vez más con la participación de los profesoras señoras Verónica Undurraga y Yanira Zúñiga y señores Miguel Ángel Fernández, Álvaro Ferrer, Alex Van Weezel y Patricio Zapata, a quienes se invitó con la finalidad de realizar una ronda complementaria de consultas y precisiones.

Antes de dar inicio a la votación de la idea de legislar, **el Presidente accidental de la Comisión en esta oportunidad, Honorable Senador señor Harboe,** ofreció la palabra a los señores Senadores presentes para formular las consultas que estimaran pertinentes.

En primer lugar, hizo uso de ella **el Honorable Senador señor Larraín,** quien preguntó por el alcance de la disposición del proyecto que regula la objeción de conciencia. Consultó en cuánto podría estimarse que ella afecta el principio de libertad de conciencia consagrado por el artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, agregando que podría interpretarse que se estaría restringiendo en forma impropia la mencionada libertad. Destacó que, al mismo tiempo, la forma en que dicha objeción es regulada deja en evidencia una abierta discriminación, porque la presente iniciativa solo autoriza al médico que encabeza el equipo para excepcionarse de intervenir en la interrupción del embarazo, en circunstancias que en ese mismo acto participan otros profesionales de la salud que no tendrían el mismo derecho. Enfatizó que lo anterior importa la ausencia de un trato igualitario ante la ley.

Luego, inquirió por el impacto que tendría en nuestra legislación la admisión de la objeción de conciencia, observando que se trata de una institución que no está regulada. Preguntó qué ocurriría en el caso de una persona que profesa una religión científica que niegue la intervención de prácticas médicas en un enfermo, por creer que la recuperación se da única y exclusivamente mediante la oración. Consultó si se puede incorporar a nuestra legislación otras eximentes de responsabilidad en esta materia.

El Honorable Senador señor Espina manifestó que en esta tramitación, siendo la Comisión especializada la de Salud, el cometido central de la Comisión de Constitución consiste en determinar si el proyecto es o no constitucional.

En ese contexto, consultó cómo se compatibilizan las tres causales de interrupción voluntaria del embarazo previstas en la iniciativa con el derecho a la vida consagrado en el artículo 19, N° 1, de nuestra Constitución. Hizo notar que, además, el numeral 26 del referido precepto agrega otra potente señal al legislador, al disponer que “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”.

Por otra parte, recordó que el artículo 5°, inciso segundo, del texto constitucional reza: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”. Asimismo, indicó que el artículo 1° manifiesta que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.”.

Recalcó que, en consecuencia, el centro de la sociedad es la persona, no el Estado, y que ésta tiene dignidad y derechos, los cuales derivan de la naturaleza humana y no pueden vulnerarse en su esencia.

La profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Adolfo Ibáñez, señora Verónica Undurraga, agradeció la invitación y pasó a abordar los temas tratados en las ya referidas consultas.

En relación a la objeción de conciencia y a la posible afectación del principio de libertad de conciencia y culto, consignó que la mencionada objeción se introdujo en el proyecto de ley en estudio para poder compatibilizar derechos y principios constitucionales que estaban en colisión. Uno es el derecho constitucional de la mujer, incluyendo su libertad de conciencia. Señaló que una mujer embarazada que pone en peligro su vida, que ha sido violada o en cuyo vientre se ha formado un feto inviable, tiene profundamente comprometida su existencia, su juicio, sus valores morales y sus proyectos de vida, por lo tanto, su derecho a la libertad de conciencia es relevante. También lo es el derecho que le corresponde al médico y ello está reconocido en la iniciativa en estudio. Enfatizó que ambos derechos entran en colisión, además de otros derechos de la mujer, como son el de ser tratada con dignidad, a la integridad física y psíquica, a la salud,

a la intimidad y a la autonomía. Agregó que igualmente están involucrados intereses de salud pública, que también son relevantes y que, de acuerdo a la doctrina constitucional, deben ser tomado en cuenta cuando se producen colisiones entre derechos y entre intereses generales.

Sostuvo que la iniciativa, al regular la objeción conciencia, logra un equilibrio entre la protección de la libertad de conciencia del personal médico que interviene directamente en el procedimiento y el respeto a la libertad de conciencia de la mujer involucrada. Ello se logra permitiendo al médico que se abstenga de practicar el aborto cuando haya manifestado la mencionada objeción. Puntualizó que para salvar esa situación, se debe asegurar que las normas de salud que regulan el procedimiento puedan funcionar, para lo cual existe la obligación de manifestar dicha objeción oportunamente, previéndose también la consiguiente derivación.

En cuanto a la pregunta sobre la discriminación, expresó que ella no existe puesto que todo el personal de salud que participa del procedimiento tendiente a interrumpir el embarazo tiene intereses. Subrayó que como esta intervención corresponde a una prestación de índole médica, no se puede realizar sin supervisión médica. Destacó, enseguida, que la profesión médica tiene un cierto monopolio que puede entrabar el ejercicio de los derechos que la ley reconozca a la mujer. Manifestó que dicho monopolio debe ser evitado, reiterando que no hay discriminación, porque los intereses de las personas que participan directamente en el procedimiento son más débiles que los derechos de la mujer.

Añadió que en un sistema como el nuestro, en que la mayoría de las mujeres se atiende en el sector público, es imposible reconocer objeción de conciencia a todo el personal de salud porque ello haría inviable el hecho de hacer efectiva la ley.

Respecto al impacto de admitir la objeción ya mencionada en nuestra legislación, señaló que la profesora señora Soledad Bertelsen, quien no apoya el presente proyecto de ley, ha dicho que esta institución no puede convertirse en una instancia de desobediencia de una ley aprobada democráticamente y en una herramienta política de desobediencia civil.

A continuación, **la profesora de Derecho constitucional de la Universidad Austral, señora Yanira Zuñiga**, manifestó que intentaría reforzar algunos de los puntos expuestos por la profesora que la antecedió en el uso de la palabra, que considera importantes de tener en cuenta.

Señaló que la objeción de conciencia tiende a ser confundida con la libertad de conciencia consagrada en el N° 6 del artículo

19 de nuestra Constitución Política. Al respecto, precisó que esta institución tiene una estructura de garantía de la libertad de conciencia, es decir, la libertad es el derecho que tenemos todos los sujetos a discrepar, lo que, sin embargo, no se transforma en un derecho a la disidencia civil.

Añadió que la gran diferencia de la objeción de conciencia, que la convierte en una institución especialísima y excepcionalísima, es que permite garantizar cierto espectro de la libertad ideológica contemplada por el precepto constitucional antes mencionado, porque se trata de creencias especialmente sensibles para el sujeto, en las que el ordenamiento jurídico parte de la base que obligarlo a hacer algo que le resulta especialmente repugnante violaría de alguna manera su identidad.

Precisó que la objeción en estudio es una forma de articular la vida en sociedad. Por lo mismo, indicó que ha sido reconocida históricamente y en diversos ordenamientos jurídicos para hipótesis muy reducidas y siempre interpretadas restrictivamente. Aseveró que el ejemplo clásico corresponde al servicio militar y a la situación que aquí se discute.

Respecto a dichos casos, connotó que la tendencia a nivel del derecho comparado es reconocerla de manera prevalente para los médicos, porque, además, la injerencia de estos profesionales en el proceso de diagnóstico y de aplicación de la interrupción voluntaria del embarazo es mayor que la de otros profesionales de la salud, reconociéndose, además, que se encuentran en una situación de poder especial. Sostuvo que lo anterior no obsta a que luego, jurisprudencialmente, se pueda discutir si hay casos en que corresponda también, manteniendo la idea de excepcionalidad, aplicarla a otros profesionales del área.

Manifestó que la hipótesis planteada por el Honorable Senador señor Larraín, aludiendo a la posibilidad de fomentar las conductas de personas que se niegan a una determinada conducta por razones religiosas, no corresponde a un caso de objeción de conciencia, sino más bien de libertad de conciencia, lo que está regulado por la ley N° 20.584.

Instó, en consecuencia, a no extrapolar a la libertad de conciencia lo que se diga respecto de la objeción de conciencia.

El Honorable Senador señor De Urresti manifestó dudas respecto a la objeción de conciencia en la medida en que admite un reconocimiento prevalente para los médicos. Preguntó, enseguida, cómo se aplicaría la mencionada institución en el sector público, sosteniendo que podría ser pertinente fijar un límite para invocarla cuando se trata de un médico que ingresa a este ámbito. Indicó que cabría poderar si un médico que es funcionario público debería poder ejercer en cualquier caso el mencionado derecho, porque una mujer embarazada en una localidad

alejada no puede verse expuesta a esta situación. Consultó cómo el sistema de salud supliría una situación como esta.

El Honorable Senador señor Chahuán sostuvo que la señora Ministra de Salud ha señalado que no estamos ante un tema de salud pública -porque Chile ofrece la segunda cifra en cuanto a salud materna en el continente-, sino que se trataría de la situación de un derecho reproductivo de la mujer enfrentado al derecho del que está por nacer. Solicitó la opinión de los académicos presentes a este respecto.

Igualmente, en relación a la objeción de conciencia, inquirió acerca del ideario institucional que existe sobre la materia y la posibilidad de extenderla al resto del cuerpo médico que interviene en la interrupción del embarazo.

Por otra parte, preguntó si el informe financiero que acompaña la iniciativa contempla los costos que ésta involucrará para los establecimientos que estarán obligados a practicar el aborto. Consultó, a la vez, si el sistema de acompañamiento integral de que se ha hablado satisface la multidimensionalidad del apoyo que requiere la mujer, sobretodo tomando en consideración que en el 85% de los casos que se recibe apoyo, la mujer decide no abortar.

Finalmente, inquirió a la señora Subsecretaria de Derechos Humanos si su presencia en esta sesión se debe no solo a defender el derecho de la mujer a disponer sobre su cuerpo, sino también los de miles de chilenos que están por nacer y que requieren que se resguarden sus derechos.

El Presidente accidental de la Comisión, Honorable Senador señor Harboe, recordó que todo lo relativo al aspecto financiero del proyecto es de competencia de la Comisión de Hacienda.

La profesor señora Zuñiga consideró que la pregunta del Honorable Senador señor De Urresti es muy pertinente, porque si se compara la estructura de la objeción de conciencia del servicio militar con la de los derechos reproductivos de la mujer, se advierte una diferencia significativa. Agregó que en el primer caso la relación es solo entre el Estado y un sujeto. En la interrupción la relación, en cambio, es triple pues está el Estado, el médico y las mujeres que tienen derechos correlativos a las prestaciones de salud derivadas de la interrupción del embarazo.

Manifestó que lo que se busca es establecer un régimen de equilibrio, añadiendo que el principio rector y lo que indica la jurisprudencia comparada es que el Estado no pierde su obligación de garantizar la prestación, por lo cual tendrá que garantizar fórmulas de armonizar la protección de la objeción de conciencia con la protección de los

derechos de la mujer. Precisó que de haber tensión entre estos factores y de no ser posible armonizarlos adecuadamente, se privilegiará más los derechos de la mujer.

La profesora señora Undurraga aludió a la afirmación del Honorable Senador señor Chahuán en cuanto a que no estamos ante un tema de salud pública por la baja mortalidad materna que existe en Chile. Consignó que la razón de dicha baja mortalidad se explica porque las mujeres han sabido cómo interrumpir sus embarazos en la clandestinidad por medios menos peligrosos que los que se utilizaban en el pasado. Indicó que la introducción del misoprostol ha hecho descender las tasas de morbilidad, añadiendo que el acceso a antibióticos sin receta, en forma ilegal, hace que ella sea aún más baja. Remarcó que tenemos un sistema de salud bastante extenso y que responde bien a las 30.000 mujeres que acuden a los distintos centros médicos por abortos incompletos y en situación de peligro para sus vidas.

Consignó que si la preocupación es la protección de la vida que está por nacer, nos debería ocupar igualmente la vida del que está por nacer cuando estamos ante el peligro de un aborto clandestino como la de aquel que se produce cuando está en peligro la vida de la madre. Subrayó que la forma en que el Estado puede evitar los abortos que se producen mayoritariamente en la clandestinidad es logrando que las mujeres se acerquen al Estado y reciban ayuda y no que ellas se alejen porque el Estado las crimininaliza.

Indicó que la experiencia extranjera ha demostrado que no ha sido la desvaloración de la vida prenatal la razón por la cual se han adoptado regímenes de despenalización parcial del aborto, sino que ha sido precisamente la consideración de que se protege mejor la vida prenatal en forma preventiva y no criminalizando y estigmatizando a la mujer.

En relación a la pregunta sobre el acompañamiento integral, relató que éste es muy importante y que todas las mujeres deberían tener un respaldo de la comunidad, añadiendo que el apoyo a la maternidad y a la paternidad tiene que ser tarea de todos. Estimó que el acompañamiento integral es una buena adición que se le está haciendo a este proyecto. Observó que, en cambio, ninguna mujer lo aceptará cuando, al mismo tiempo, el Estado está penalizando la actuación de la mujer, está estigmatizándola o bien tratándola como una persona incapaz que no puede decidir sobre su propia vida y su propio cuerpo.

Refiriéndose a la objeción de conciencia, **el profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señor Miguel Ángel Fernández,** manifestó que la iniciativa en estudio no solo despenaliza, sino que también consagra la

obligación de otorgar prestaciones de salud y por eso precisamente surge la posibilidad de plantear la objeción de conciencia.

Destacó que le parece discriminatorio conceder este beneficio solo al médico y no al resto del equipo que interviene en la interrupción del embarazo, añadiendo que no logra descubrir por qué motivo habría un privilegio solamente en favor de uno.

Respecto a la pregunta de cómo compatibilizar el proyecto con las normas constitucionales que garantizan el derecho a la vida, enfatizó que no es posible hacerlo. Explicó que, dado que la Constitución asegura la vida del que está por nacer, el proyecto debe ser rechazado en general por ser contrario a dicho cuerpo normativo.

Por otra parte, constató que el régimen jurídico chileno ha tenido, en los últimos cincuenta años, un proceso de evolución en materia de la protección de la vida. Apuntó que el desaparecimiento de la pena de muerte, en la práctica, a pesar de tener una disposición constitucional que la admitiría en algunos casos, constituye otra prueba del proceso evolutivo que también alcanza al que está por nacer.

Recalcó que el ejemplo de la pena de muerte es muy ilustrativo desde el punto de vista de cómo el derecho constitucional chileno ha tenido un proceso progresivo de protección de la vida en contextos históricos que todos conocen. Sostuvo que lo que corresponde es continuar avanzando en la protección del que está por nacer.

En relación al numeral 26 del artículo 19 del texto constitucional, que prohíbe al legislador afectar la esencia de los derechos, precisó que se trata del mandato constitucional que se hace al legislador respecto del ejercicio de los derechos fundamentales, el cual puede regular, limitar o complementar su ejercicio en los casos que se autoricen. Precisó que limitar consiste en comprimir el ejercicio de un derecho a espacios menore, agregando que cuando la decisión legislativa dispuesta en el proyecto de ley importa la extinción del que está por nacer, no hay limitación de un derecho, sino que hay una privación completa del mismo.

Señaló que el inciso segundo del artículo 5º de la Constitución establece como límite al ejercicio de la soberanía, el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Destacó que si bien la discusión de esta norma ha estado más cercana al tema de los tratados internacionales, es interesante revisar la nomenclatura que utiliza nuestra Carta Fundamental. Ella habla de que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.”. Subrayó que el que está por nacer no tiene sino naturaleza humana, deduciendo que si la Constitución obliga a respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y el feto goza de

la mencionada naturaleza, el hecho de afectar sus derechos importa anularlo completamente.

A propósito del concepto de dignidad del artículo1° de nuestra Constitución, sostuvo que la mencionada naturaleza humana hace que el que está por nacer goce de la dignidad que dicho artículo confiere a las personas, la cual debe ser respetada desde el momento mismo de la concepción.

Luego, haciéndose cargo de las distintas consultas formuladas, **el profesor de Filosofía del Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señor Álvaro Ferrer,** afirmó, en primer lugar, que el proyecto de ley en estudio afecta el numeral 6° del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental pues el modo en que regula la objeción de conciencia, viene a restringirla. En efecto, agregó, se dispone que dicha objeción se hará por escrito, de manera previa y ante el director del establecimiento de salud. Además, no se extiende a los casos urgentes y se prevé la derivación de la paciente a otro centro de salud cuando no hubiere otro médico que pudiere prestar el servicio solicitado.

Recordó que, por otra parte, las profesoras que lo antecedieron en el uso de la palabra citaron, sin hacer mayor distinción, la experiencia comparada. Subrayó que si somos rigurosos, podemos advertir que el modo en que se regula la objeción de conciencia en otras legislaciones es bastante amplio y no se limita, sino que se extiende a todo el personal médico y no solo respecto a la intervención directa en cuestión, como es la que realiza el médico cirujano.

Hizo presente que cuando se plantea el conflicto de conciencia es porque la norma jurídica obliga al destinatario a realizar un acto que contraviene sus creencias más arraigadas sobre materias relevantes. Es decir, se pone a la persona en una situación de cooperar con una acción que considera intrínsecamente mala o injusta. En esta materia, señaló que la “cooperación al mal” se puede dar de muchas maneras, ya sea de forma directa, realizando el aborto, y de manera formal, cooperando a la intención de aquel que pretende realizar una conducta injusta, como podría ser por ejemplo, en el presente proyecto, la obligación de derivar a la paciente a otro establecimiento de salud. A la vez, la cooperación material puede ser también indirecta, pues puede consistir, por ejemplo, en la labor de la arsenalera que debe procurar los instrumentos con los cuales se le dará muerte al niño que está por nacer. Manifestó, en síntesis, que el modo en que se regula la objeción de conciencia es insuficiente.

Luego, coincidió con el Honorable Senador señor Larraín respecto al carácter discriminatorio de la institución en estudio. Precisó que no advierte razón suficiente para sostener que el médico cirujano se halla en una posición tan privilegiada que solo respecto de él se

reconoce la objeción de conciencia. Estimó que el proyecto, de manera tácita, reconoce en dicho facultativo a una persona privilegiada o cuyos intereses son privilegiados por sobre el resto de los del personal médico.

En relación a la pregunta del Honorable Senador señor De Urresti sobre la situación de la objeción de conciencia en los establecimientos de salud públicos, opinó que pareciera que quien ingresa a ellos debería estar dispuesto *de facto* a aceptar todas las normas que regulan el ejercicio de la profesión en dicho ámbito. En términos generales, concordó con los comentarios del mencionado señor Senador a este respecto.

Resaltó que, en todo caso, lo anterior no puede llevar al profesional a renegar de su condición de persona, de sujeto de igual dignidad y, por lo tanto, por aplicación del artículo 19, número 2, de titular de los mismos derechos.

Sostuvo que en este debate se sostiene que estamos ante un derecho de la mujer sin que se haya resuelto efectivamente cuál es ese derecho. Al respecto, opinó que conviene preguntarse ¿derecho a qué? Agregó que la respuesta unívoca consiste en señalar que se trata del derecho a poner fin a la vida del hijo y del derecho a exigir que terceros colaboren con su decisión de matarlo. Remarcó que eso es lo que se está discutiendo, añadiendo que es muy fácil enfrentar esta discusión con una suerte de asepsia, según la cual se habla de los derechos de la mujer olvidando la cuestión esencial, a saber, en qué consiste en concreto el ejercicio de ese derecho y qué es aquello que se exige respecto de terceros.

Luego, expresó que es evidente que la regulación de la objeción de conciencia es contraria al artículo 19, números 2, 6 y 26, puesto que limita en su esencia el ejercicio de ese derecho para el resto del personal médico. Afirmó que la regulación de esta institución pone a la persona en situaciones de desobediencia civil y que es por esa razón que la jurisprudencia ha reconocido la prueba del conflicto de conciencia, de tal manera que no se pueda abusar gratuitamente de esta posibilidad de excepcionarse del cumplimiento de la ley.

Desde otro punto de vista, sostuvo que la iniciativa en estudio no despenaliza, sino que legitima el aborto como derecho subjetivo de la mujer, lo que no es compatible con las normas constitucionales. En efecto, añadió, el artículo 19, número 1, del texto constitucional protege la vida del que está por nacer, añadiendo que el verbo rector “proteger” abarca la prohibición de aquellos actos que de manera directa y deliberada impeden que la criatura que está en el vientre materno nazca. Enfatizó que el derecho subjetivo al aborto que consagra el proyecto, permite y manda a terceros realizar actos que derechamente buscan terminar con la vida del que está por nacer.

En cuanto al régimen de acompañaniemto a la madre, señaló que el contenido de determinados fallos de tribunales extranjeros que se han citado en esta tramitación, no es obligatorio en nuestro medio puesto que la Constitución no nos subordina a ellos. Además, sostuvo que en ningún país donde se ha adoptado el modelo que se pretende aplicar, los abortos, globalmente considerados, han aumentado, señalando que distinto es discutir y analizar la disminución de los abortos clandestinos. No es por esa vía, añadió, que se protege la vida del que está por nacer.

En relación a los derechos que emanan de la naturaleza humana, afirmó que el que está por nacer no solo es un individuo de la especie humana, sino que es un individuo que comparte nuestra naturaleza. Indicó que le llamaba la atención como los partidarios del aborto recurren a los más sofisticados argumentos para sostener que el que está por nacer no es persona. Expresó que si el nonato no tiene naturaleza humana, entonces qué diferencia en el orden esencial podría haber entre el que está por nacer y el ya nacido. Respondió que absolutamente ninguna, ya que ambos comparten la misma naturaleza. Constató que, además, ninguna mujer embarazada sostiene que aquello que lleva en su vientre es una cosa, un sujeto que todavía no ejerce la racionalidad en acto. Ninguna mujer se pregunta si acaso la Constitución protege la vida del que está por nacer, añadió. Sabe que es su hijo, que es persona y que comparte su misma naturaleza. Advirtió que eso es lo que está en juego acá, a saber, abrir o no la puerta al derecho subjetivo al aborto, es decir, a la legalización y legitimación de las conductas que de manera directa e intencionada ponen fin a la vida del que está por nacer.

Concluyó que eso es evidentemente contrario a la Constitución y que una vez finalizado el debate, debe volverse al sentido común.

El profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señor Alex Van Weezel, sostuvo que la discusión derivada de la objeción de conciencia demuestra la magnitud del cambio que introduciría al ordenamiento jurídico nacional una ley como la que se plantea en este proyecto. Ella, dijo, constituiría un cambio radical y sustancial.

Agregó que la posibilidad de resolver un conflicto a costa de la supresión de un ser humano es algo inédito en el ordenamiento jurídico chileno, precisando que la aprobación de la iniciativa lo establecería como un derecho y como una prestación obligatoria de salud, en la que tendrían que participar también personas que no estén de acuerdo con ella conforme a su conciencia.

Estuvo de acuerdo con lo planteado por el Honorable Senador señor De Urresti en relación a la situación en que queda un médico contrario al aborto que ingresa al sector público, porque como funcionario público, se entiende que deberá cumplir las leyes que nos rigen a todos.

Manifestó que lo que hace este proyecto es enfrentar a los chilenos en dos bandos en relación al aborto: los que consideran que se puede hacer y los que sostienen lo contrario. Consideró que lo anterior tiene un enorme potencial destructivo de la cohesión social, que no está siendo suficientemente ponderado.

Por otra parte, expresó que lo que se plantea en la iniciativa no existe en el derecho penal vigente. En esta materia, se refirió a las circunstancias contempladas por el numeral 7 del artículo 10 del Código Penal, que configura el estado de necesidad justificante. También aludió a la del numeral 11 del mismo precepto, que contempla una regla más amplia, pero que también exige una relación de proporcionalidad. Estas normas, dijo, podrían aplicarse a otros casos muy extremos, pero no a las causales 2 y 3 del proyecto de ley en estudio. Es decir, precisó, en el Derecho Penal no existe nada como lo que se está proponiendo.

Subrayó que técnicamente es posible despenalizar a la mujer que interrumpe el embarazo en las tres causales sin producir el quiebre del ordenamiento. Agregó que como se trata de situaciones que afectan al proyecto de vida de la mujer, el derecho penal puede exculparla en esos casos, dadas ciertas condiciones. Respecto a la situación del médico y de su equipo en el caso del aborto terapéutico, declaró que el problema es más simple y está resuelto por la vía de la colisión de deberes, lo que significa que el facultativo deberá salvar las dos vidas y si ello no es posible, podrá optar por salvar una de ellas.

Enfatizó que, en cambio, respecto a las causales 2 y 3 de la iniciativa sí ofrecen un problema insalvable, pues no es posible proponer una solución que despenalice al médico y a su equipo y resolver un conflicto entre derechos, sacrificando por completo la vida de otro ser humano. Advirtió que aun cuando se podría ser más imaginativos y extender la exculpación del médico y del personal de apoyo en estos casos, debe reiterarse que, sin embargo, el costo de ello sería muy elevado para la sociedad como un todo.

El profesor de Derecho Constitucional, señor Patricio Zapata, informó que coincidía con el profesor Fernández en cuanto al hecho de que si se ha discutido largamente sobre la objeción de conciencia, ello confirma que el efecto concreto del proyecto, más allá del nombre, es la legalización del aborto en las tres circunstancias previstas y no su mera despenalización.

Consignó que hay iniciativas de ley que son tan completamente inconstitucionales que uno esperaría que al momento de su presentación, se declarara la inadmisibilidad por parte de la Presidencia de la Sala respectiva. Ejemplificó lo anterior con un proyecto de ley que establezca que pueden ser candidatos al cargo de Presidente de la República los mayores de 21 años, el que sería insubsanablemente contrario a normas constitucionales muy directas sobre la materia.

Agregó que una iniciativa que se presenta en términos de la despenalización del aborto para tres situaciones concretas no se encuentra necesariamente en aquella situación, pudiendo ser importante que se estudie su contenido. Recordó que la norma del artículo 19 número 1 de nuestra Carta Fundamental consagra la protección de la vida del que está por nacer, añadiendo que también aquel precepto consagra para todas las personas otros derechos, como el derecho a la integridad física y psíquica, a la vida y a la salud, los cuales pueden colisionar.

Señaló que hay una larga discusión acerca de la sabiduría de la ponderación como criterio para resolver dichas colisiones, haciendo notar que nuestro Tribunal Constitucional en los últimos 10 años ha venido adoptando justamente esa manera de acercarse a este tipo de problemas. Sostuvo que cuando encontramos por un lado los derechos de un medio de comunicación a expresarse y por otro, el de un sujeto a la honra, hay dos derechos en colisión y procede la ponderación.

Consideró que un proyecto que solo despenalizara y cuyo efecto no fuera disminuir la protección de la vida del que está por nacer, sino modificar la forma en que ésta se preserva de un modo menos lesivo para la dignidad de las mujeres -por ejemplo, restándole a la pena su protagonismo absoluto e incorporando otros mecanismos de apoyo de carácter social y económico-, no sería necesariamente inconstitucional.

Consignó que, con todo, la presente iniciativa, tal como fue presentada, merecía un debate. Añadió que, sin embargo, lo que ha ocurrido durante su tramitación es que además de algunos ajustes y perfeccionamientos que tuvo en la Cámara de origen, ha ido dejando en claro que va más allá de la despenalización y que las fórmulas que se han ido incorporando no buscan proteger mejor la vida del que está por nacer.

Recalcó que en este debate hay que tener siempre presente que estamos ante dos derechos, entre los cuales se encuentra el derecho a la vida. Expresó que las causales 2 y 3 del presente proyecto presentan claros problemas de constitucionalidad e implican que, de aprobarse tal como están, la protección del Estado chileno al que está por nacer se debilitará y será menor a la que ofrecía antes.

En todo caso, se mostró partidario de analizar los ajustes que podrían realizarse. Al efecto, señaló que bien cabría hacerse un uso más sensato del instrumento penal e incorporarse un conjunto de medidas y políticas necesarias para aminorar lo que es en la realidad la problemática del aborto.

Enfatizó que lo anterior no ocurre con la presente iniciativa, porque conviven al interior de ella dos lógicas. En efecto, una cosa es hablar del derecho de la mujer a la vida, a la integridad física y psíquica y a la salud y otra es hablar del derecho de ella a interrumpir el embarazo como parte de un derecho sobre su cuerpo. Subrayó que esto último no puede tener acogida en una Constitución que manda que la ley proteja la vida del que está por nacer. Reiteró que si bien podría bajarse la pena asignada al aborto, en ningún caso cabría reducir la protección debida al que está por nacer.

Por otra parte, consideró que también la objeción de conciencia da lugar a ciertas dificultades puesto que aparece como discriminatoria. Remarcó que existe una gran diferencia con el reconocimiento a un ciudadano del derecho a rehusarse a cumplir con la norma que establece el servicio militar, el que corresponde a un fin constitucionalmente válido, como es la defensa nacional. Allí se sustrae al sujeto del cumplimiento de la regla, porque se promueve algo que es valioso en aras de algo que es superior. Opinó que, en cambio, la objeción del proyecto en estudio no está bien planteada y no resulta constitucional.

Luego, reconoció que el Honorable Senador De Urresti propone una solución menos discriminatoria para los profesionales médicos que ingresan a trabajar al sector público de salud, la cual, a su vez, padecería de otro tipo de problemas. En consecuencia, por razones prácticas no se puede extender la objeción de conciencia.

Concluyó señalando que considera interesante que el Parlamento esté discutiendo el presente proyecto y no haya ocurrido lo que ha acontecido en otras oportunidades, en que los detractores recurren inmediatamente al Tribunal Constitucional cuando la discusión recién comienza. Aseveró que acudir al mencionado Tribunal corresponde a un recurso de última instancia, cuando la política ya ha ofrecido todas las posibilidades de corrección.

Enfatizó que en la medida en que la presente iniciativa retorne a su idea original de despenalización para ciertas causales se evitará llegar a la discusión constitucional. Reconoció que, tal como está el texto del proyecto, parece inevitable que se recurra a dicho Tribunal.

El Honorable Senador señor Larraín precisó que el proyecto de ley en estudio busca resolver un problema real, pero para ello

incursiona en la preservación de la vida del que está por nacer. Estimó que aquello sería del todo legítimo si ese embrión no fuera persona, no tuviera derechos y constituyera una mera masa biológica en desarrollo. Pero, afirmó, ello no es así.

En efecto, añadió, estamos en presencia de un proceso evolutivo, de donde surge una vida que es autónoma e independiente de la madre, no existiendo mucha diferencia entre el recién nacido y el feto de 6 u 8 meses de gestación. Subrayó que la pregunta central entonces es si efectivamente en nuestro ordenamiento jurídico existe claridad respecto de que aquello que está en el vientre materno es un ser humano.

La profesora señora Yanira Zúñiga señaló que lo que ha escuchado parece sugerir que la Constitución de 1980 tiene una especificidad normativa que la sustrae completamente de la tradición constitucional de la que somos tributarios jurídicamente, no solo a nivel constitucional.

Sostuvo que aquí se ha citado el mandato de proteger la vida, como si dicho mandato no estuviera en otras Constituciones occidentales. Añadió que también se ha mencionado la cláusula de esencialidad, que es de origen alemán, país donde está reconocido el aborto con un sistema de permisos. Recordó que, además, se ha hecho referencia al artículo 5º, inciso segundo, de nuestra Carta Fundamental, que dice relación con los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, norma que proviene de las declaraciones de derechos del siglo XVIII.

Hizo presente que, a su juicio, la discusión constitucional sobre los regímenes de aborto no se circunscribe a la pregunta que parece haber dominado el presente debate, que radica en determinar si el nonato es o no persona. Remarcó que lo anterior pareciera sugerir que los derechos de las mujeres no están sometidos a las mismas lógicas. Recordó que el número 26 del artículo 19 del texto constitucional también aplica para los derechos de las mujeres, pareciendo que se asume que no habría una afectación intensa o violatoria de esa cláusula en el caso de las mujeres.

Aludió, luego, a la tesis de la personalidad del nonato, que se ha planteado como indiscutible en el sistema chileno. Dicha tesis se asilaría sobre la ubicación de ese mandato, que se encuentra en el numeral relativo al derecho a la vida. Consignó que si ese fuese su fundamento, tendríamos que conceder que bastaría que una regla esté ubicada en el capítulo III de nuestra Carta Fundamental para entender que constituye un derecho fundamental. Afirmó que, en base a lo anterior, habría que conceder que el patrimonio ambiental o la seguridad nacional son también derechos fundamentales.

Recalcó que el régimen de derechos es complejo pues introduce normas de derechos fundamentales, así como reglas de garantía y de limitaciones. Sostuvo que varios profesores de Derecho Constitucional, entre los que se incluye, entienden que el artículo 19, número 1, de nuestra Carta Fundamental constituye una regla de limitación de derechos y no de titularidad de los mismos.

La profesora señora Undurraga agradeció al profesor Ferrer que expresara que el tema en debate se está discutiendo con una supuesta asepsia. Recalcó que el aborto, el embarazo, el parto, el puerperio y todo lo que les pasa a las mujeres cuando se embarazan es poco aséptico, sobre todo, en el caso de una violación. Por ende, para ellas, la discusión sobre la mantención de la limpieza de la conciencia seguramente debe resultar una preocupación muy violenta.

Subrayó que es irrelevante si estamos ante una despenalización o una legalización, pues si queremos hablar de la realidad no importa el concepto que se utilice. Indicó que lo relevante es que las mujeres que están en cualquiera de las situaciones descritas por el proyecto puedan acceder a la interrupción del embarazo en forma segura.

Consideró como trato cruel e inhumano el hecho de buscar preservar un principio moral o perseguir la protección de la vida prenatal si eso se hace a costa de mandar a las mujeres y a las niñas a seguir abortando en la clandestinidad. Precisó que lo anterior es inconstitucional, porque vulnera el principio de la dignidad humana y los derechos fundamentales de la mujer.

Refiriéndose a la pregunta planteada por el Honorable Senador señor Larraín, señaló que toda persona que conozca de biología humana tiene claridad en cuanto a que el ser que está en el vientre de una mujer es un ser humano, a menos que se esté en presencia de una mola hidatiforme. Destacó que lo que ha creado discusión constitucional es el concepto de persona, razón por la cual es importante que el derecho formule un concepto sobre el particular, puesto que las personas son las titulares del derecho a la vida.

Agregó que, efectivamente, el inciso segundo del número 1 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental ordena al legislador proteger la vida del que está por nacer. Expresó que, en consecuencia, es el Congreso Nacional el que puede definir las medidas más eficientes para proteger la vida del nonato, añadiendo que nuestra Constitución prevé que debe hacerse también todo lo posible para que la tasa de abortos disminuya.

Finalmente, precisó que no ha sostenido que la despenalización del aborto baje las tasas de interrupción del embarazo en los países donde se permite el aborto, destacando que allí donde se toma en

serio la protección de la vida del que está por nacer se adoptan políticas eficientes de prevención. De este modo, concluyó, no existe una relación entre la despenalización del aborto y la tasa de los que se llevan a cabo.

VOTACIÓN DE LA IDEA DE LEGISLAR

Una vez terminado el análisis de los lineamientos centrales del proyecto en estudio y respondidas las consultas formuladas, **el Presidente Accidental de la Comisión, Honorable Senador señor Harboe,** anunció que correspondía pronunciarse acerca de la idea de legislar, lo que permitiría a los miembros de la Comisión expresar los fundamentos de su respectivo voto.

Emitió su voto, en primer lugar, **el Honorable Senador señor Pizarro,** quien en esta oportunidad reemplazó al Honorable Senador señor Araya.

El mencionado señor Senador agradeció a los académicos presentes por la valiosa colaboración entregada, señalando que sus opiniones le permitieron apreciar los distintos puntos de vista que existen frente al debate que la iniciativa en estudio ha generado en la sociedad. Señaló que los legisladores deben ejercer su labor teniendo como base la realidad que vive el país y, en este caso específico, la que viven aquellas mujeres que se ven enfrentadas a las dramáticas situaciones previstas en la iniciativa.

Respecto a la primera causal contemplada para permitir la interrupción del embarazo, sostuvo que hay consenso en cuanto a que corresponde a una situación que se produce en la práctica y que aún se encuentra penalizada. Precisó que la presente iniciativa no implica legalizar el aborto en todos los casos, expresando que está por proteger la vida por sobre todas las cosas.

Explicó que el debate sobre la interrupción del embarazo ya se ha hecho en el seno de la bancada de la Democracia Cristiana, entendiéndose que se trata de una materia que debe discutirse con la rigurosidad correspondiente. Hizo notar que la peor opción consiste en evadir el debate, añadiendo que en el partido político del cual forma parte existen opiniones distintas sobre el tema en análisis.

Agregó que cualquiera sea la decisión que en definitiva se tome sobre el proyecto, lo que no puede dejar de existir es un proceso de acompañamiento integral a las mujeres que se encuentran en los casos regulados por el proyecto para que puedan tomar la mejor decisión.

Luego, hizo presente que es católico y que, en conjunto con el ex Senador señor Juan Hamilton, trabajó por la eliminación de la pena de muerte. En este caso, afirmó que lo que debe hacerse como Estado es retomar las políticas públicas orientadas a prevenir el embarazo y, sobre todo, aquellos casos en los cuales la madre es una adolescente. Indicó que, en efecto, en nuestro medio el problema principal se produce con las

mujeres menores de edad que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad.

Manifestó que apoyaría la idea la idea de legislar en consideración a que le asiste la obligación de legislar no solo en base a sus convicciones, sino que pensando en la sociedad chilena toda.

Por todo lo anterior, votó favorablemente la idea de legislar.

A continuación, hizo uso de la palabra **el Honorable Senador señor Espina,** quien reiteró su agradecimiento a todos los profesores y especialistas que concurrieron a las sesiones de la Comisión a entregar sus puntos de vista y a enriquecer el debate.

Aclaró que, tratándose de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, corresponde prioritariamente que ésta resuelva si de acuerdo a nuestra Constitución Política, el aborto ante las tres causales previstas por el proyecto, es decir, el término de la vida del *nasciturus* en estas situaciones, está o no permitido.

Expuso que la dignidad de todo ser humano es la base sobre la cual se sustenta nuestra sociedad, agregando que cualquiera sea nuestra posición política, sexo, creencia o religión, la protección de la dignidad humana es esencial en un Estado de derecho democrático. Señaló que la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce esto que es tan esencial, al señalar que la "libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos".

Recordó que la dignidad "es la cualidad del ser humano que la convierte en fuente y titular de los derechos inherentes a su naturaleza, siendo los derechos humanos la expresión más inmediata de esa dignidad[21]". En ese sentido, añadió, "la dimensión jurídica de la dignidad se encuentra en la consagración positiva de los derechos fundamentales y, entre ellos, del derecho a la vida[22]".

Sostuvo que la iniciativa que regula la despenalización voluntaria del embarazo en tres causales, lo que hace precisamente es desconocer la dignidad del ser humano que está por nacer, privándolo de su derecho humano más fundamental como es el derecho a la vida.

---

[21] CEA J. (2004): Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, pp. 39.

[22] Voto concurrente del Ministro Mario Fernández Baeza, en la sentencia 18 de abril de 2008 del Tribunal Constitucional, rol N° 740-2007, N° 3.

A continuación, para fundamentar su voto abordó los siguientes aspectos:

I. Infracciones constitucionales

Informó que se referiría a las vulneraciones a la Constitución que contiene esta iniciativa.

1.1. Afectación de la protección de la vida del que está por nacer[23]

En esta materia, expresó que el derecho a la vida está reconocido en nuestra Constitución en su artículo 19, número 1°, en toda su extensión y contenido. Bajo el encabezado general “la Constitución asegura a todas las personas”, el número 1º se inicia con la oración: “El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”, lo que debe entenderse abarcando a los otros tres incisos de la disposición, referidos a la protección de la vida del que está por nacer, a las exigencias relativas a la pena de muerte y a la prohibición de apremios ilegítimos.

Declaró que en el precepto constitucional señalado, que reza “la ley protege la vida del que está por nacer”, contenido en el inciso segundo del número 1° del artículo 19, el verbo rector es “proteger”; el ámbito protegido es la vida; el sujeto activo es la ley, y el sujeto pasivo es el que está por nacer.

Agregó que según el Diccionario de la Lengua Española, “proteger” significa “amparar, favorecer, defender/ resguardar a una persona (…) de un perjuicio o peligro (…).”. Si se combina “proteger” con el verbo rector del artículo 19 de la Constitución, esto es, asegurar (“La Constitución asegura a todas las personas”), se está ante un doble fortalecimiento de la protección que la Constitución otorga a la vida del que está por nacer: “asegura proteger”. En efecto, asegurar, entre los diversos significados que le da el Diccionario, consiste en “preservar o resguardar de daño a las personas (…) defenderlas.”.

Hizo presente, enseguida, que estas definiciones, así como las expresiones constitucionales, no pueden sino dirigirse a una amenaza indeterminada, a toda amenaza que ponga en peligro la vida del que está por nacer. Advirtió que la única precisión posible del constituyente respecto del peligro del cual se protege al no nacido es el término de la vida, que es lo único que aquel diminuto ser humano posee. La doble protección constitucional descrita –asegurar/ proteger-, del artículo 19, número 1º, inciso segundo, de la Constitución, cobra especial sentido considerando la indefensión en que se encuentra el que está por nacer. La negación de su carácter de persona y, por lo tanto, de su titularidad de derechos, según se

[23] Basado en el voto concurrente del Ministro Mario Fernández Baeza, en la sentencia 18 de abril de 2008 del Tribunal Constitucional, rol N° 740-2007, N° 6 y 7.

ha postulado en el debate ocurrido en torno al proyecto de ley que se está debatiendo, conduciría al despojo de toda defensa jurídica de quien no tiene ninguna defensa material ni física, ya que a todo evento solo depende de su madre que lo cobija.

Recordó que según el Tribunal Constitucional, “la intención fue confiar al legislador las modalidades concretas de protección de la vida del que está por nacer en el entendido que se trata de un ser existente e inserto en la concepción de persona, en cuanto sujeto de derecho, a que alude el encabezado del artículo 19. Este mandato al legislador importa la protección de un derecho y no sólo del bien jurídico de la vida, distinción que no es menor para estos sentenciadores[24]”. En efecto, prosiguió, si sólo se hubiese protegido la vida en cuanto bien jurídico y no como persona, el legislador no habría establecido acciones destinadas a que el que está por nacer tenga la protección de sus derechos como cualquier otro titular.

1.2. Vulneración de la seguridad de que los derechos no puedan ser afectados en su esencia

A continuación, mencionó el número 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental, que consagra “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”.

Destacó que la disposición se apoya en un supuesto básico que consiste en que los derechos, libertades, igualdades e inviolabilidades contempladas en la Constitución, principalmente en su artículo 19 referido a los derechos y deberes constitucionales, poseen un contenido esencial que es inafectable e inviolable por el legislador. Es decir, esos atributos fundamentales tienen un núcleo o médula asegurada, sustraída de cualquier regulación o injerencia normativa, reconocida en beneficio de todas las personas, sin consideración de momento, mérito o circunstancia[25].

Consignó que resulta evidente, entonces, que si se le priva de vida a un ser humano que está por nacer, en palabras simples, se le está cercenando su derecho a la vida, afectándose éste en su esencia y siendo, por ende, inconstitucional una desprotección en ese sentido.

1.3. Afectación de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana como límite al legislador

[24] Tribunal Constitucional, sentencia de 18 de abril de 2008, rol 740-2007, considerando 58.
[25] CEA J. (2004): ob. cit. Tomo II, pp. 610.

Expresó, enseguida, que nuestra Carta Fundamental establece en su artículo 5° que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.”.

Añadió que el ejercicio de la soberanía que emana de la nación desde una perspectiva jurídica, tiene como su máxima expresión la Constitución Política de la República y ésta, como señaló anteriormente, expresamente establece una limitación al legislador en el sentido de exigirle siempre el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. A mayor abundamiento, establece en la parte final del inciso segundo del artículo 5°, que “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”.

En consideración a lo anterior, connotó que los legisladores no pueden desconocer ni relativizar el derecho más básico que tiene un ser humano, que es el derecho a la vida, cuestión que el proyecto que se está debatiendo sí realiza respecto del que está por nacer, esto es derechamente, termina con su vida.

1.4. Afectación de la supremacía constitucional

Relató que conforme al inciso primero del artículo 6° de la Carta Fundamental, “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.”. Lo anterior implica que nuestra Constitución obliga a someterse y subordinar las actuaciones de los órganos del Estado a las normas que se establecen en ella. En consecuencia, la Carta Fundamental también es una herramienta de control de las actuaciones de las autoridades, de manera que éstas solo son validadas en la medida que cumplen, formal y sustancialmente, tanto con la propia Constitución como con toda otra norma dictada conforme a ella[26]. Por lo tanto, este proyecto de ley, para ser admisible, debe realizar exactamente lo contrario a lo que dispone: debe proteger la vida del que está por nacer y no eliminarla, como ordena expresamente el inciso segundo del número 1 del artículo 19.

1.5. Afectación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por Chile, que reconocen el derecho a la vida del que está por nacer

1.5.1. Convención sobre los Derechos del Niño

[26] VIVANCO ÁNGELA (2006): Curso de Derecho Constitucional, Tomo II, Ediciones Universidad Católica, pp. 107.

Hizo presente que en el preámbulo de esta Convención se retoma lo establecido por la Declaración de los Derechos del Niño, al establecer que “el niño, por razones de su dependencia física y mental, necesita ciertos cuidados y protecciones (…) legal antes y después de nacido.” Connotó que este párrafo habla precisamente de la protección legal del niño antes del nacimiento. En otras palabras, se dice que el concebido es un niño no nacido, pero en todo caso un “niño”. Añadió que el artículo 1º establece que “niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad”, lo cual implica que todo niño, desde el momento de su concepción, es protegido por esta Convención. Por su parte, el artículo 2° indica que “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de (…) el nacimiento (…) o de la condición de sus padres.”. Asimismo, el artículo 6° indica que “todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”.

1.5.2. Convención Americana de Derechos Humanos

De acuerdo a la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 1.2., “persona es todo ser humano”, y según el artículo 4.1 del mismo tratado internacional, “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 ese sentido, para la Convención, la vida de una persona existe desde el momento en que ella es concebida o, lo que es lo mismo, que se es persona o ser humano desde el momento de la concepción y desde ese momento debe ser protegida.

1.5.3. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Dicho tratado internacional señala en su artículo 10, que “los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.”. Asimismo, establece en su artículo 12.1 que “las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica” y en su artículo 7, se indica, en lo que respecta a los niños incluyendo al que está por nacer, que “los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.”.

1.6. Desconocimiento de las leyes de nuestro país que protegen la vida del que está por nacer

En este aspecto, destacó que el legislador ha establecido acciones y medidas concretas destinadas a que el que está por nacer tenga la protección de sus derechos como cualquier otro ser humano. Así, dijo, se desprende de diversas normas jurídicas, a saber:

1.6.1. Código Civil

- “Artículo 75. La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra. Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.”.

- También el “Artículo 181. La filiación produce efectos civiles cuando queda legalmente determinada, pero éstos se retrotraen a la época de la concepción del hijo. No obstante, subsistirán los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas antes de su determinación, pero el hijo concurrirá en las sucesiones abiertas con anterioridad a la determinación de su filiación, cuando sea llamado en su calidad de tal (…)”.

1.6.2. Código Orgánico de Tribunales

Éste dispone, en su artículo 369: “Pueden los jueces oír al ministerio de los defensores públicos en los negocios que interesen a los incapaces, a los ausentes, a las herencias yacentes, a los derechos de los que están por nacer (...)”.

1.6.3. Código Sanitario

Éste prescribe en su artículo 16 que: “Toda mujer, durante el embarazo y hasta el sexto mes del nacimiento del hijo, y el niño, tendrán derecho a la protección y vigilancia del Estado por intermedio de las instituciones que correspondan (…)”.

1.6.4. Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, modificada por las leyes N°s. 19.741 y 20.152

La señalada ley dispone que: “(…) La madre, cualquiera sea su edad, podrá solicitar alimentos para el hijo ya nacido o que está por nacer (…)”.

1.6.5. Ley sobre Impuesto a la Renta, decreto ley N° 824, de 1974

Prescribe, en su artículo 7º, que: “También se aplicará el impuesto en los casos de rentas que provengan de: 1°. Depósitos

de confianza en beneficio de las criaturas que están por nacer o de personas cuyos derechos son eventuales (...)".

1.6.6. Ley N° 20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma y prohíbe la clonación humana

Señala, en su artículo 1°, en forma aún más concordante con la preceptiva constitucional, que: "Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas".

1.7. Desconocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la protección del que está por nacer

Expresó que, en relación al inciso segundo número 1 del artículo 19 de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha dicho, en su sentencia de 18 de abril de 2008, que "este mandato al legislador importa la protección de un derecho y no sólo del bien jurídico de la vida (…). En efecto, si solo se hubiese protegido la vida, en cuanto bien jurídico, bastaría que el legislador hubiese consagrado mecanismos que aseguraran al *nasciturus* la viabilidad de la vida intrauterina hasta el nacimiento. Sin embargo, el legislador –interpretando correctamente el mandato que le ha impuesto la Constitución- ha establecido acciones e instrumentos concretos destinados a que el *nasciturus* opte a la protección de sus derechos como cualquier otro titular." (considerando 58º).

1.8. Desconocimiento de la jurisprudencia de los tribunales de justicia sobre la protección del que está por nacer

Afirmó que la jurisprudencia de nuestros tribunales también se ha pronunciado en torno a la protección de la "persona" que está por nacer, en cuanto sujeto de derecho. Así, en fallo de la Corte Suprema de 30 de agosto de 2001, se señaló que: "el que está por nacer cualquiera sea la etapa de su desarrollo pre natal, pues la norma constitucional no distingue, tiene derecho a la vida, es decir, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación" (considerando 17º).

1.9 Desconocimiento de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República

Manifestó que la Contraloría General de la República ha dicho que “acorde con el artículo 5º de la Carta Fundamental es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos que emanan de tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes –cuyo es el caso de la aludida Convención Americana de Derechos Humanos- el nonato debe ser considerado como persona para los fines en comento, de modo, entonces, que si la vida de un ser en gestación ha sido interrumpida en las circunstancias previstas en la ley Nº 19.123, éste debe ser estimado como causante de los beneficios que esta normativa regula” (Dictamen 25.403, de 21 de agosto de 1995).

1.10. Desconocimiento de la interpretación que hizo el Senado de la calidad de persona del que está por nacer

Sostuvo que la protección constitucional de la persona a partir del momento de la concepción en Chile se vio plenamente reafirmada al discutirse la reforma al artículo 1°, inciso primero, de la Constitución, que cambió la expresión “hombres” por “personas” y que se concretó a través de la ley N° 19.611, publicada en el Diario Oficial de 16 de junio de 1999. Recordó que durante el segundo trámite de esa reforma constitucional, verificado en el Senado, se acordó dejar constancia que “El *nasciturus*, desde la concepción, es persona en el sentido constitucional del término, y por ende es titular del derecho a la vida”.

II. Conclusiones

De todo lo expuesto, concluyó que nuestra Constitución, en su artículo 19, número 1, claramente protege la vida del que está por nacer como persona y titular del derecho a la vida. Explicó que razonar de otra manera, a su juicio, importaría desconocer la dignidad sustancial de toda persona, a la que se refiere expresamente el artículo 1° de nuestra Constitución, la que, además, en su artículo 5° establece que el ejercicio de la soberanía, en este caso, por el Congreso Nacional, tiene como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, por lo tanto, el derecho a la vida del que está por nacer.

Como consecuencia de esto último, señaló que terminar con la vida del que está por nacer es, además, contradictorio con el artículo 6° de nuestra Constitución, que prescribe que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”.

Añadió que, por otra parte, para justificar el aborto se ha argumentado que la mujer tiene pleno derecho y autonomía sobre su cuerpo, razón por la cual podría tomar libremente la decisión de terminar con la vida del niño que está por nacer en determinadas causales. Si fuese así, entonces habría una colisión con el derecho a la vida del que está por nacer y siendo éste último un derecho esencial que emana de la naturaleza humana, siempre prevalece frente a cualquier otro derecho, como expresamente lo indica el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución.

Para finalizar, recalcó que terminar deliberadamente con la vida del que está por nacer implica desconocer el principio “pro homine”, que está consagrado en el artículo 1° de nuestra Constitución y que dispone que el Estado está al “servicio de la persona humana”, de manera que si termina con la vida de una persona, en este caso, del que está por nacer, infringe este deber irrenunciable.

Como consecuencia de este análisis y por las razones expuestas, votó en contra de la idea de legislar en este proyecto, por considerar que es inconstitucional.

Enseguida, usó de la palabra **el Honorable Senador señor Larraín,** quien también agradeció la participación de los profesores que asistieron a exponer ante la Comisión. A la vez, manifestó que siempre es partidario de debatir cualquier iniciativa, entendiendo que debatir no significa necesariamente aprobar, sino que implica intercambiar ideas.

En este caso, expresó que la Comisión ha estado circunscrita a realizar una mirada más bien jurídica del problema, enfatizando que una de las labores primordiales de la misma consiste en pronunciarse acerca de si las iniciativas son o no acordes con la Constitución Política y, en general, con nuestro ordenamiento jurídico.

Indicó que sus consideraciones se circunscribirían a dicho aspecto, resaltando que tomaría como base el derecho a la vida, que es un derecho humano fundamental sobre el cual se edifica el resto de los derechos y al que debemos entregar nuestro respeto y adhesión.

Hizo presente, en primer lugar, que el marco dentro del cual se da el ejercicio de nuestros derechos está dado por el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, agregando que el punto de partida es una concepción en que los derechos que emanan de la naturaleza humana son reconocidos y asegurados por la Constitución porque la naturaleza humana es anterior a la vida del derecho.

Manifestó que, a continuación, identificaría aquellos aspectos del proyecto que, a su juicio, ameritan la formulación de reservas de constitucionalidad.

1) En primer lugar, solicitó dejar constancia que el proyecto en estudio, que permite la interrupción del embarazo ante tres causales, es contrario al texto constitucional, particularmente en cuanto a las causales 2 y 3. Consideró que la causal contenida en el número 1 no sería inconstitucional, en cuanto la intervención que se hace a la madre embarazada y enferma tiene por finalidad atacar su enfermedad y no provocar un aborto, el cual, si se produce, será un efecto indirecto no deseado. Opinó que, en este caso, estamos frente a un derecho de la mujer que es el de salvar su vida, lo que no ocurre en las otras dos causales debido a que por dolorosas que sean las situaciones que ellas describen, no ponen en juego la vida de la madre.

Hizo notar que en la causal número 1 no se está en presencia de un aborto en el sentido propio de la palabra, precisando que aquel se produciría cuando tiene lugar una interrupción del embarazo causada directamente con el propósito de eliminar la vida del feto o embrión humano. Sostuvo que así lo consagra el artículo 119 del Código Sanitario y que, por esa razón, no ha habido desde entonces hasta la fecha ninguna mujer que haya sido condenada por incurrir en aborto terapéutico. En consecuencia, al no avenirse esta causal con la presente iniciativa, la calificó como innecesaria.

Señaló, a continuación, que hay colisión de derechos cuando el derecho a la vida de la madre se ve amenazado por la existencia del embrión, agregando que en la causal número 1 no existe duda respecto a que debe salvarse la vida de aquella. A diferencia de lo anterior, en las otras dos causales -la existencia de un feto inviable o que es producto de una violación-, más allá del dolor humano que ello represente, no hay una amenaza a la subsistencia de la madre y, por lo tanto, no existe una colisión de derechos. Por ello, en esos casos debe prevalecer el derecho a la vida del que está por nacer.

Indicó que las referidas causales 2 y 3 establecen la posibilidad de intervenir directamente con el propósito deliberado de eliminar el feto o embrión que se encuentra en el vientre materno, en dos situaciones determinadas. Al respecto, recordó que nuestra Constitución, en el inciso segundo del numeral 1 del artículo 19, dispone que “la Ley protege la vida del que está por nacer”, lo que significa que se entrega un mandato imperativo al legislador para que la ley proteja la vida del no nacido y no la deje en estado de incertidumbre o riesgo vital.

Expresó que la Carta Fundamental parte de la base de que hay vida en el embrión y que este es un ser humano que

también es sujeto de derechos. Por eso, se exige su salvaguardia, sobre la base de que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental. Sostuvo que este proyecto, entonces, contradice directamente la Constitución al permitir la eliminación del feto, lo que también da lugar a una reserva de constitucionalidad.

Adicionalmente, puso de relieve que según el numeral 26 del artículo 19 del texto constitucional, los preceptos legales que regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Vale decir, destacó, la protección de la vida del que está por nacer dispuesta por la Constitución no puede ser tocada por una ley que afecte a los derechos de aquél en su esencia o que restrinja el libre ejercicio de los mismos, cuestión en que este proyecto incurre claramente al impedir la vida del no nacido mediante el aborto.

Se preguntó, enseguida, si alguien podría sostener que la protección de la vida del que está por nacer se cumple el interrumpirse con violencia el proceso de embarazo en los casos que autorizaría esta iniciativa. Afirmó que ciertamente la respuesta es no. En consecuencia, al afectar el proyecto en forma directa lo prescrito por el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución Política, está dando lugar a un nuevo reparo de constitucionalidad.

2) Enseguida, dejó constancia de que votaría en contra del proyecto en atención a que éste incorpora tres causales que discriminan arbitrariamente a las personas en virtud de su nacimiento, su discapacidad y el modo en que han sido concebidas. Tales discriminaciones, señaló, son contrarias a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 19 de la Constitución Política, además de lo prescrito por el inciso segundo de su artículo 5°, en relación con los artículos 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y A 1 y A 4 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Al igual que en las situaciones anteriores, planteó también esta constancia como cuestión de constitucionalidad para los efectos del ya citado artículo 93, número 3, del texto constitucional.

3) Del mismo modo, requirió dejar constancia de su reserva respecto al número 3 del artículo 1° del proyecto, el cual introduce un artículo 119 ter al Código Sanitario. Observó que este precepto, al regular la objeción de conciencia como un derecho de los médicos, vulnera el inciso primero del número 6° del artículo 19 de la Constitución, según el cual ésta “asegura a todas las personas: (…) 6°. 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”. Indicó que también se vulnera el artículo 5°, inciso segundo, del mismo cuerpo normativo, en relación con los artículos 12.1 y 12.2 de la Convención

Americana de Derechos Humanos o “Pacto San José de Costa Rica”, 18.1 y 18.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y 1° a 4° de la Declaración Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Expresó que la misma objeción de conciencia restringe la libertad de conciencia en cuanto vulnera el derecho a vivir de acuerdo con las propias creencias, reconociendo como único límite la moral, las buenas costumbres y el orden público. Mediante la regulación de la objeción de conciencia, explicó, se estaría limitando el derecho más allá de lo establecido por la Constitución. Asimismo, se estaría vulnerando estos preceptos al no reconocer aquel derecho a todas las personas que intervendrían en el procedimiento, sino solamente al médico, lo que constituye una discriminación arbitraria y un desconocimiento de los derechos fundamentales asegurados por la Constitución a todas las personas sin distinción.

Adicionalmente, señaló que el artículo 119 ter del Código Sanitario contemplado por el proyecto también vulnera la libertad de conciencia al exigir que la respectiva objeción sea declarada de manera previa y por escrito, desconociendo la libertad de conservar o cambiar la propia religión o creencia, cosa que puede suceder en cualquier momento. Este derecho, dijo, queda sin duda comprendido por la libertad de conciencia, según lo señalado por los distintos tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 12.1 y de la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 18.

4) Afirmó, luego, que en su conjunto, el proyecto de ley en estudio, al autorizar la interrupción del embarazo en las tres causales que indica, vulnera la Constitución Política al infringir el artículo 1°, inciso primero, que señala que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, y también el inciso primero del número 1 del artículo 19, que asegura “El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”, prohibiendo, en su inciso cuarto, la aplicación de todo apremio ilegítimo.

Declaró, a continuación, que la introducción del aborto desconoce, de esta forma, la dignidad, la vida y la integridad de la persona en su existencia intrauterina, la que está reconocida en la Constitución y reafirmada por el Tribunal Constitucional. Ello, desde el momento que considera al *nasciturus* como un ser de inferior categoría y, por tanto, eliminable. A la vez, la iniciativa supone la aplicación de un apremio

ilegítimo al ser no nacido, lo que se encuentra prohibido en términos absolutos por nuestra Ley Fundamental.

Por otra parte, hizo notar que el proyecto no aborda los métodos a través de los cuales se llevará a efecto el aborto, aspecto que el Gobierno ha anunciado que regulará mediante un reglamento. Advirtió que esto último en sí mismo sería inconstitucional pues solo la ley puede regular el ejercicio de los derechos garantizados por la Constitución, sin afectar su esencia. Connotó que, además, todos esos métodos son de suyo verdaderos tormentos en cuanto suponen la eliminación de un ser humano vivo e implican, en consecuencia, un apremio ilegítimo.

Planteó todas estas constancias para fundamentar las cuestiones de constitucionalidad que oportunamente hará valer, en conformidad a lo dispuesto por el número 3° del artículo 93 de la Constitución Política de la República.

Acto seguido y por todas estas consideraciones, votó en contra de la idea de legislar.

A continuación, usó de la palabra **el Honorable Senador señor De Urresti,** quien junto con agradecer las intervenciones escuchadas, felicitó a la Ministra titular del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, señora Claudia Pascual, y a la Ministra titular del Ministerio Secretaría General de Gobierno, señora Paula Narváez, destacando que ambos Ministerios han estado impulsando permanentemente la tramitación de la iniciativa, la cual está dentro del Programa de Gobierno de la Presidenta señora Michelle Bachellet.

Hizo notar, luego, que el profesor don Agustín Squella realizó una notable contribución a este debate al señalar, en su exposición ante la Comisión, que debe dejarse la decisión sobre la interrupción del embarazo en manos de la mujer que sufre la condición, la cual debe estar debidamente asistida y resolver en conciencia. Esta posición, dijo, fija con precisión el foco de lo que se está discutiendo.

Expresó que le impresionaba que la centralidad del debate se radicara en el derecho a la vida del que está por nacer, dejándose de lado, de esta manera, la discusión sobre el principio de la dignidad humana, en virtud del cual es la mujer la que debe tener la capacidad de decidir frente a situaciones determinadas como las que aborda el proyecto.

Señaló que le sorprendía como la sociedad y la academia reducen la condición, la capacidad y los derechos que han ganado las mujeres, para colocarlas en una situación de disvalor y de competencia en relación a otros derechos, como si se estuviera en presencia de una

colisión de los mismos. Afirmó que la dignidad humana, los derechos de las mujeres y los derechos reproductivos de éstas deben prevalecer, agregando que se debe evitar la hipocresía que existe en nuestra sociedad en relación a la realización de abortos clandestinos.

Recordó que la ex Ministra de Salud, señora Helia Molina, señaló que las mujeres que disponen de recursos pueden practicarse abortos seguros en clínicas privadas o en el extranjero, declaración que le significó salir del Ministerio que tenía a su cargo. Recalcó que, precisamente, en esta materia son las niñas y las mujeres más humildes las que exponen su vida con los abortos clandestinos, lo que genera una discriminación de la que, sin embargo, no nos hacemos cargo, sino que, por el contrario, abordamos por la vía de buscar subterfugios. Opinó que es preferible que el Tribunal Constitucional conozca y resuelva cualquier reparo de constitucionalidad que pueda sobrevenir en lo sucesivo, pero lo cierto es que no corresponde continuar escondiendo la cabeza y sometiendo a las mujeres a estos graves riesgos.

Consignó que en el siglo XXI resulta inadmisible que se prive a las mujeres y a la sociedad en su conjunto de poder decidir en la materia en estudio e hizo presente que los mismos sectores que argumentaron extensamente en contra de la educación sexual y de la píldora del día después, buscan ahora no legislar y no debatir. Lo que corresponde, afirmó, es que haya una línea de continuidad en el debate de estas materias.

Por otra parte, discrepó de la afirmación en cuanto a que en este debate se establece una dicotomía entre la vida y la muerte, la que consideró falaz. Afirmó que la discusión no recae en ello y que lo que debe debatirse es si se otorgarán derechos a las mujeres y si, en definitiva, se les permitirá a ellas, en ciertas situaciones, tomar la decisión de interrumpir su embarazo. Explicó que está por que la sociedad avance y corra los límites, lo cual en ningún caso significa evadir la discusión de fondo sobre las situaciones y las causales que plantea el proyecto.

Subrayó que apoyará la presente iniciativa puesto que es fundamental admitir la interrupción de la gravidez en las tres causales que se plantean, particularmente cuando aquella deriva de una violación.

Manifestó, además, que no se puede soslayar lo expresado por el profesor Ferrer en relación a la asepsia con que se estaría realizando este debate y con su afirmación de que son casos teóricos los que se analizan para estudiar el aborto. Expresó que, muy por el contrario, la Comisión ha escuchado en detalle el análisis de todos los aspectos propios de la interrupción del embarazo, incluida la revisión de diversos casos reales y de los procesos a través de los cuales la referida interrupción se lleva a cabo. Dejó constancia que es indigno señalar todo lo anterior respecto de

una mujer violada, añadiendo que el hecho de negarle el derecho a abortar resulta claramente inhumano.

Por estas consideraciones y esperando que este proyecto complete su tramitación con la mayor celeridad posible, votó a favor de la idea de legislar.

En último término, hizo uso de la palabra **el Presidente Accidental de la Comisión, Honorable Senador señor Harboe,** quien recordó que en el año 1975, el ex presidente de Francia, señor Valéry Giscard d' Estaing, reconocido conservador y católico, promovió la despenalización del aborto. Relató que años después, el Papa Juan Pablo II le enrostró su carácter de católico y aquel le señaló: “Su Santidad, las creencias son de cada uno, pero las leyes son de todos y todas, y como Presidente de un Estado laico debía hacerme cargo de una realidad social.”.

Expresó que el proyecto de ley sobre el que hoy se pronunciará es parte de aquel grupo de iniciativas al que llamaría excepcionalísimas. Se trata de proyectos que, por razones morales, ideológicas y religiosas, generan, incluso en estados en que la Constitución y la práctica permiten una genuina y abierta democracia, que sea posible que el contenido normativo de las reglas que apruebe o no el Parlamento generen un rechazo en la conciencia de ciertos ciudadanos y ciudadanas. Sostuvo que la interrupción del embarazo es una materia en que, con razones legítimas y atendibles, nuestros ciudadanos y ciudadanas difieren profundamente respecto de cuál es la respuesta correcta que el Estado debe dar.

Estimó que se difiere porque estos temas tienen, por un lado, una fuerte relación con nuestro propia formación de conciencia y moral, pero también porque expresan y se relacionan con el tipo de comunidad a la que hemos pertenecido, pertenecemos y quisiéramos pertenecer, esa comunidad que, además, está influida –positiva y negativamente- por líderes de opinión, líderes religiosos, etc. Dicho de otra manera, afirmó que el resultado de la votación de hoy -y qué bien que así sea-, no será indiferente en el debate del *ethos* público.

Indicó que en buena hora se debe decidir sobre este proyecto, pues ya era tiempo que en el Chile democrático se discutiera en serio sobre la interrupción del embarazo, uno de los tópicos más polémicos en la filosofía moral, en la filosofía política, en el derecho constitucional y penal, en la teología, etcétera.

Agregó que la polémica en torno a la punición del aborto se da entre distintas posturas que pueden clasificarse en dos grandes grupos: las que de manera incondicionada defienden la punición total de la interrupción del embarazo o la libertad general de aborto, y las que

mantienen posiciones más matizadas, sobre la base de que exista un conflicto entre los intereses de la madre y la vida del que está por nacer. En todo caso, advirtió, y es algo que no debe olvidarse, el debate va siempre referido al aborto consentido, pues no se discute -nadie lo ha discutido, tampoco hoy- que la punición del aborto realizado contra la voluntad de la mujer sigue incuestionable.

Remarcó que el consenso moral en este debate es notoriamente esquivo, como por lo demás ha quedado claro en la decena de audiencias que se han realizado. Sostuvo que es un convencido que no es este el lugar para cerrar ese debate, como tampoco es este el lugar para llegar a un falso consenso sobre cuándo comienza la vida. Ambos son debates personales que quedan en la esfera de la moral privada y donde, por lo demás, como lo han sugerido los invitados y las invitadas a las sesiones, solo queda remitirse a leer la enorme literatura existente sobre el tema. Ahí se encuentran buenas razones y argumentos para, conforme a las propias convicciones morales, tomar posturas sobre estos asuntos públicos.

Opinó que la relevancia de este proyecto es que tiene la particularidad de que nos obliga a preguntarnos sobre la siempre difusa función y los límites del derecho penal en materias éticamente sensibles, donde el riesgo -en palabras de Pulitanó- de “interpretaciones arrogantes del principio mayoritario, que pretenden cerrar el discurso sobre la imposición de un supuesto (o quizás efectivo) sentir mayoritario, o del *dictum* de una autoprocamada autoridad moral” están siempre a la mano.

Por lo mismo, recalcó que cualquiera sea la decisión que hoy se tome y de lo que en definitiva decida este Congreso, no quiere decir que ella -la ley que se dicte- suponga que lo ahí decidido esté moralmente justificado. Esta discusión no trata de lo que es moralmente correcto o incorrecto, lo que quedará para cada uno. Añadió que de lo que se trata es de establecer una política pública que, según su entender, le entregue a la mujer, reconozca en la mujer, el derecho a poder tomar la decisión trascendental en su vida, bajo ciertas causales, de interrumpir el embarazo.

Declaró que los ciudadanos y las ciudadanas, como agentes morales autónomos, seguirán siendo libres para determinar si desean o no adscribir su conducta a lo prescrito por el legislador -que en este caso solo dará una opción, dará la posibilidad de elección- pero no impondrá una obligación. Destacó que se trata de una ley que amplía la libertad y no la restringe.

Dicho lo anterior, estimó que existen ciertas premisas que podemos compartir. La vinculación orgánica que existe durante el embarazo entre el *nasciturus* y la embarazada genera una situación excepcional compleja de enfrentar. De hecho, los ejemplos que se dan para

estudiar el caso, como el que propone Thompson sobre un violinista que aparece conectado a otro sujeto, dejan siempre puertas abiertas a la discusión y no son concluyentes y ello porque existe una especial relación de dependencia del feto respecto de la embarazada que condiciona la protección jurídico-penal que, en principio, merece la vida dependiente.

Expresó que la gestación y la continuación de un embarazo pueden afectar también a otros bienes jurídicos dignos de protección de la mujer, como su vida, su salud, su libertad o su dignidad. En esos casos, cuando se produce un conflicto de intereses relevante, el legislador debe, siempre desde una perspectiva laica, resolver conforme al principio de ponderación y de salvaguarda del interés preponderante.

Precisó que es en ese contexto que se enmarca el proyecto que debe votarse. Éste, a diferencia de lo que sucede hoy en que se castigan todas las formas de interrupción del embarazo, impide que en ciertos supuestos graves la mujer embarazada se convierta -bajo la coacción del castigo estatal- en un simple receptáculo de un ser superior al que, como dice Muñoz Conde, deban rendirse todos los demás intereses en juego, incluidos los de la misma embarazada (su vida, su dignidad, su salud, etc.).

Por ello, indicó que hay algunas cuestiones que deben despegarse del tratamiento legal que, en cambio, suelen confundirse. Se confunden en su opinión, y siguiendo a Nino, tres preguntas distintas: primero, ¿es la muerte de un feto algo moralmente disvalioso? Segundo, ¿tienen ciertas personas la obligación moral de impedir esa muerte o de no causarla? Y, por último, ¿es moralmente legítimo que el Estado imponga coactivamente -es decir, mediante la amenaza de un castigo penal- ese supuesto deber moral? En su opinión, la muerte de un feto es algo moralmente disvalioso por la pérdida de autonomía futura del *nasciturus*, pero de ello no se sigue que la madre –por ejemplo– tenga el deber moral de evitar esa pérdida, lo que debe ser justificado especialmente dada la severa restricción a su autonomía que el embarazo puede representar. Piénsese, por ejemplo, en la primera causal. Y aunque se estableciese el deber moral de alguien de impedir o no provocar la muerte de un feto, de allí no se seguiría necesariamente que es moralmente legítimo punir, sancionar la violación de ese deber moral. Piénsese, añadió, en las causales dos y tres.

Consignó que el proyecto que hoy debe votarse apunta en particular a la segunda y tercera cuestión y, en general, asume que existen ciertas causales que entiende son de justificación que, por una parte, prescinden del carácter antijurídico de la interrupción del embarazo eliminando el reproche estatal que alguien pudiera esgrimir y, por otra, refuerzan la autonomía y dignidad de la mujer.

Por ello, y como bien lo ha enseñado Bustos, connotó que las causas de justificación “no se fundamentan en una simple

comparación utilitarista de los bienes jurídicos, ni siquiera el estado de necesidad que en nuestro ordenamiento exige la comparación de males, sino que la antijuridicidad pone en juego un abanico de valores y principios", tal y como lo demuestran las indicaciones que subyacen en este proyecto.

Subrayó que estamos frente a supuestos que fundamentan una causal de justificación, lo que no es baladí, sino que por el contrario, es de suma importancia, pues a partir de ello se explica y justifica la cobertura por el sistema de salud público, la validez del contrato con el médico y la justificación para él también y la imposibilidad del auxilio de terceros. Por lo mismo, independientemente de otras consideraciones, en su opinión solo la calificación como lícita de la interrupción del embarazo permite una coherencia normativa. La exigencia de intervención de un médico –sobre la base de garantizar la integridad de la mujer, pero también la licitud del procedimiento, solo tiene sentido si también su intervención no es punible por ausencia de licitud. Por otro lado, la calificación de lícita -de no antijurídica- de la interrupción permitirá que ella sea apoyada financieramente en el sistema de salud pública y en un contexto de responsabilidad del Estado.

Apuntó que, por lo mismo, es complejo que alguien sostenga que la respuesta ideal sería solo la de no punibilidad por ausencia de reproche o culpabilidad, manteniendo la ilicitud de la interrupción del embarazo, pues ello nos llevaría a tener un sistema que, justamente por no asegurar la licitud del actuar de la embarazada y de los médicos, termine fomentando el aborto clandestino, poniendo en riesgo a las mujeres, adolescentes y niñas, negando su autonomía –limitando el reproche a la no exigibilidad- pero, por sobre todo, manteniendo una sanción penal que solo se justifica en un malentendido reproche social y ético hacia quienes decidan interrumpir su embarazo. Afirmó que se debe ser capaz de derrotar esa visión machista y paternal sobre la mujer, de no reconocer en ella un agente moral autónomo, libre y digno, y que descanse sobre la idea que una decisión como ésta solo es permisible porque –pobre de ella- no podía actuar de otra manera. Por lo demás, estas ideas terminan, a su juicio, por traicionar el mandato constitucional de la vida del que está por nacer, pues sólo reconocer la inexigibilidad de la mujer y no entregar un adecuado sistema de prestación de salud que la proteja, lo que en definitiva incentiva no sólo el aborto clandestino, sino que el mismo se haga en condiciones que aumenten el riesgo de la mujer y del que está por nacer.

Señaló que compartía la idea general del proyecto, es decir, que la solución se basa en la impunidad únicamente de la interrupción del embarazo fundada en la idea de conflicto de valores o intereses. Y la concreción de la solución de ese conflicto de interés se da exactamente por la regulación de las tres causales que regula el proyecto, no de otras. Ello en un contexto donde se reconocen los derechos de la mujer y asegurando una prestación social médica adecuada.

Manifestó que las diversas religiones y la teología en general, encuentran muchas interrogantes al reflexionar sobre los problemas del aborto. Sostuvo que no parece serio ni veraz ni científico decir que las religiones siempre han condenado el aborto. Eso no es así. De hecho hay muchas religiones que no tienen una postura clara y definida al respecto, algunas de ellas, por ejemplo la judía, permiten el aborto en ciertos supuestos y otras, como la protestante, no adoptan una postura clara y generalmente aceptada sobre el punto. De hecho, no parece correcto incluso afirmar que la Iglesia Católica siempre ha visto en cualquier interrupción voluntaria del embarazo un pecado grave.

Añadió que la doctrina de los intelectuales y de los jerarcas eclesiásticos, como nos enseña Berastein, no ha sido unánime a lo largo de los siglos, según aparece en los documentos de los especialistas, por ejemplo, en los comentaristas de Tertuliano, San Jerónimo, San Agustín y Santo Tomás. Solo a modo de ejemplo, el jesuita Tomás Sánchez (1550-1610) publicó en Amberes (1602- 1605), su libro “Disputationum de santo matrimoni sacramento”, y en él admitía el aborto terapéutico en hipótesis mucho más amplias que el solo peligro para la vida de la madre. O también en las lecturas de Alfonso Maria de Ligorio, bien entrado el siglo XVIII, quien fuera además conocido como el maestro de los moralistas, que en su Theologia moralis sigue interpretando el Éxodo, Capítulo 21, versículos 22 y 23, en el sentido de la animación posterior al momento de la fecundación y, por lo mismo, aceptando la licitud de ciertas hipótesis de interrupción del embarazo. Por último, en Italia, a finales del siglo XIX, no faltaron los moralistas como Apicenlla, Avanzini, Ballerini y Constantini que consideran lícito el aborto en casos extremos de peligro para la vida de la madre.

Recordó que en tiempos recientes, incluso el Papa Francisco ha autorizado –indefinidamente- a todos los sacerdotes y ya no solo a la cúpula clerical, a absolver a quienes hayan cometido un aborto.

Estimó que incluso dejando por un segundo de lado la idea de que nuestro derecho y en especial nuestro derecho penal, deban ser celosamente laicos, sobre la base de la teología y la moral católica de ayer y de hoy parece más aconsejable concluir que no hay verdadera dificultad para que la legislación civil autorice el aborto cuando se cumplan las circunstancias extremas que el proyecto regula en las tres causales.

Destacó que, como es sabido, el artículo 19 número 1, inciso primero, de la Constitución prescribe claramente un aseguramiento a todas las “personas” del derecho a la vida. En eso no hay duda, las personas y solo ellas son portadoras de un derecho subjetivo a la vida reconocido en la Constitución.

Dinjo que cabe entonces preguntarse quiénes son personas para nuestro ordenamiento jurídico. Para dotar de contenido a esa expresión, consideró que bien vale la pena estar a lo que dispone el artículo 74 del Código Civil, que dispone expresamente que “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre”. Es, como la misma norma lo expresa, desde el nacimiento que comienza la existencia legal de una persona y antes del nacimiento no hay, desde el punto de vista legal, una persona.

Enfatizó que se suele argumentar, en contra de este razonamiento, que esa norma es simplemente legal y que, por lo mismo, generaría una antinomia con la regla constitucional que asegura el derecho a la vida a todas las personas -lo que incluiría al *nasciturus*- debiendo hermenéuticamente desplazar a la disposición del Código Civil por ser de inferior jerarquía normativa. Sostuvo que esa crítica, aunque persuasiva, es evidentemente equivocada.

En primer lugar, nuestra Constitución, en su artículo 1°, reconoce que las personas “nacen” libres e iguales en dignidad y derechos. Luego, los valores de libertad e igualdad en dignidad están reconocidos respecto de quienes nacen y, dado que el *nasciturus* no ha nacido todavía, la norma no es aplicable a ellos. Pero, además, el artículo 19 número 1 asegura a todas las personas “el derecho a la vida”, en cambio el inciso segundo prescribe expresamente que será la ley, luego, no la Constitución, la que protegerá la vida del que está por nacer. Si el nonato se reputara persona y, por tanto, titular del derecho subjetivo a la vida, el inciso segundo sería o bien superfluo o bien generaría una sobreprotección constitucional del *nasciturus* sencillamente inexplicable pues daría lugar a un estatuto de protección de la vida del que está por nacer superior al del ya nacido.

Explicó que, además, y conforme ha quedado claro en la discusión que se ha dado en el seno de la Comisión, una posición originalista interpretativa de nuestra Constitución no puede sino llegar a la misma conclusión, es decir, no hay en la historia fidedigna de dicho cuerpo normativo duda alguna que nuestro constituyente no sólo negó una protección absoluta a la vida del que está por nacer, sino que derechamente veía favorablemente que el legislador -como hoy se está haciendo- pudiera legislar un estatuto que -aunque protegiendo en general la vida del no nacido- disponga algún sistema que permita en determinados supuestos autorizar la interrupción del embarazo.

Por lo mismo, sostuvo que mientras las personas nacidas son titulares del derecho constitucional a la vida, el que está por nacer, el *nasciturus*, es objeto de protección imperativa por el legislador. Por lo mismo, entendió que el feto tiene un «derecho a la vida» que debe ser protegido por el legislador, pero ello no impide ciertas restricciones y

limitaciones; por lo mismo y para el caso de la presente ley, ese derecho puede colisionar con otros bienes jurídicos, de tal manera que no podría hablarse –como acá se pretende- de una protección absoluta de la vida.

Agregó que dicho en términos penales y parafraseando a Roxin, la vida "del que está por nacer" estaría protegida por el artículo 19, número 1, inciso segundo, de nuestra Carta Fundamental, pero ciertamente no igual que la de la persona nacida, pues no es aún una "persona". Por lo mismo, la vida del que está por nacer debe ser considerada como un bien jurídico, porque la norma fundante también protege la vida en formación como forma previa de existencia humana y el legislador puede legítimamente prohibir bajo pena el aborto, pero no está obligado a hacerlo siempre y perfectamente puede –como en el caso de este proyecto- establecer causales donde pueda no solo no hacerlo, sino que establecer una justificación y una prestación social.

Todo lo anterior, manifestó, lo lleva a expresar su firme conclusión que aunque el Estado, por medio del legislador, está obligado a proteger la vida del que está por nacer, esto no significa que tal protección deba ser obligatoriamente de carácter penal. El legislador, mientras cumpla suficientemente con la protección exigida, puede configurarla también a través de normas extrapenales.

Y sobre esto, expresó que el proyecto de ley recoge todas las medidas necesarias para evitar la desprotección del *nasciturus*, pues contempla en todas las hipótesis un riguroso mecanismo de control médico, incluso por especialistas, además de disponer que los mismos deben realizarse en establecimientos de salud acreditados, con un sistema de acompañamiento fuerte y, en definitiva, un sistema de regulación excepcional de la interrupción del embarazo.

Relató que en la discusión se ha hecho referencia a ciertos tratados internacionales. Reconoció que las normas de la Convención de Viena sobre los derechos de los tratados establecen la forma de interpretarlos. En el artículo 31 de la mencionada Convención se habla de la interpretación de buena fe. El 33 permite las interpretaciones complementarias. Al observar la estructura de los tratados internacionales, es dable señalar como conclusión, tal como se consignó en el informe de la Biblioteca del Congreso Nacional, que: “Los diversos organismos de vigilancia en la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos han señalado de manera reiterada a diversos Estados, incluyendo a Chile, que bajo ciertas circunstancias, la protección de la vida del que está por nacer, muchas veces consagrada en esos mismos instrumentos, debe ceder frente a los derechos de la mujer embarazada. Estos organismos han sido consistentes en recomendar la flexibilización de las legislaciones más prohibitivas en materia de interrupción del embarazo, en atención a los derechos de la mujer, particularmente su vida, integridad física, síquica, su

salud y sus derechos sexuales y reproductivos. Dicha flexibilización apunta explícitamente a causales de aborto por violación, incesto, riesgo para la salud o la vida de la madre y graves malformaciones fetales. De esta manera, se puede afirmar que existe un consenso entre los diversos órganos de control de los tratados internacionales de derechos humanos, en orden a que existe un deber de protección del nonato, el cual encuentra su límite en los derechos humanos de la mujer ya mencionados.”.

En conclusión, sostuvo las siguientes premisas:

Primero. La vida humana, siempre y en cualquier circunstancia, merece respeto y consideración. Pero de ello no se deriva, por cierto, que esto deba ser de carácter absoluto. El aborto es una lesión contra bienes jurídicos relevantes y penalmente protegidos. Pero en determinadas circunstancias es una lesión menor que otras, como, por ejemplo en las causales que el proyecto contempla.

Segundo. En las legislaciones comparadas, en la gran mayoría de ellas, se justifica la muerte a otra persona, incluso la producida con dolo, si se aprecian causas de justificación como, por ejemplo, legítima defensa o el estado de necesidad entre bienes de desigual valor.

Tercero. La interrupción del embarazo, más aún en circunstancias definidas, es una palabra con un contenido normativo muy distinto al del homicidio. Esta diferencia semántica responde a realidades diversas en el ámbito biológico, ético, psicológico, sociológico y también en el jurídico.

Quinto. En el derecho comparado, las legislaciones, incluso las más severas, justifican las acciones abortivas en algunos supuestos, por ejemplo, el estado de necesidad que puede darse en caso de abortos terapéuticos, o sea, cuando entra en conflicto la vida de la madre con la vida del *nasciturus*, o en el aborto ético, es decir, cuando el embarazo es producto, por ejemplo, de una violación.

Manifestó que no ingresaría en el análisis detallado de cada una de las causales del proyecto de ley, expresando que no cabe ninguna duda que la iniciativa presentada por el Ejecutivo debe apreciarse como una variante moderada del sistema llamado de las indicaciones, en contraposición a un sistema de plazos.

Sostuvo que el proyecto dispone que la intervención la realice un médico y que la exención de responsabilidad se limita a ciertas causales, a saber, un peligro grave para la vida de la madre, de peligro de que el *nasciturus* nazca con graves malformaciones físicas y de embarazo producido como consecuencia de una violación.

Aseguró que el proyecto de ley que hoy se está votando en primer informe, en su idea de legislar, no pretende introducir en nuestro país un sistema de plazos o uno sin mayores restricciones, sino que únicamente y como hoy sucede en la mayoría de los países, establece un sistema que despenaliza parcialmente el aborto, en que aún su práctica es generalmente prohibida, incluso penalmente reprochada, pero que permite que en ciertas circunstancias, bajo supuestas indicaciones que perfectamente pueden ser entendidas como causales de justificación, sea lícito el aborto.

Concluyó señalando que el proyecto regula otras cuestiones que seguramente generarán gran debate en la discusión en particular, a saber, la objeción de conciencia, la denuncia al Ministerio Público, el debate respecto del acompañamiento, etcétera. Pero manifestó que se ha querido concentrar en estos aspectos, que, a su juicio, son centrales en el proyecto y justifican sobradamente que sea aprobado en su primer informe, en cuanto a la idea de legislar. Recalcó que esta iniciativa es solo el piso, es lo mínimo en un Estado que quiere reconocer, valorar y respetar a las mujeres, su autonomía, su derecho a una libre determinación y a una participación igualitaria en la sociedad.

Por todas estas consideraciones, votó favorablemente la idea de legislar.

- Como resultado de la votación, la idea de legislar quedó aprobada por mayoría de tres votos a favor y dos en contra. Votaron favorablemente los Honorables Senadores señores De Urresti, Harboe y Pizarro. En contra lo hicieron los Honorables Senadores señores Espina y Larraín.

El Honorable Senador señor Chahuán dejó constancia de su adhesión a las observaciones planteadas por el Honorable Senador señor Larraín.

Al finalizar la sesión, **el Presidente Accidental de la Comisión, Honorable Senador señor Harboe,** agradeció la participación de los distintos profesionales que concurrieron a este debate, así como la de los asesores del Ejecutivo, los de distintas organizaciones vinculadas al tema en estudio y los de los señores Parlamentarios. En particular, connotó y agradeció la constante participación y dedicación de la señora Ministra de la Mujer y la Equidad de Género.

.-.-.-

En conformidad con los acuerdos adoptados precedentemente, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene a honra proponer la aprobación en general del siguiente:

PROYECTO DE LEY

“Artículo 1°.- Incorpóranse las siguientes modificaciones en el Código Sanitario:

1. Sustitúyese el artículo 119 por el siguiente:

“Artículo 119. Mediando la voluntad de la mujer, un(a) médico(a) cirujano(a) se encontrará autorizado(a) para interrumpir un embarazo, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando:

1) La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.

2) El embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética de carácter letal.

3) Sea resultado de una violación, en los términos del inciso tercero del artículo siguiente, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación.

En cualquiera de las causales anteriores, la mujer deberá manifestar en forma expresa, previa y por escrito su voluntad de interrumpir el embarazo. Cuando ello no sea posible, se aplicará lo dispuesto en el artículo 15, letras b) y c), de la ley Nº 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos siguientes. En el caso de personas con discapacidad sensorial, sea visual o auditiva, así como en el caso de personas con discapacidad mental psíquica o intelectual, que no hayan sido declaradas interdictas y que no puedan darse a entender por escrito, se dispondrá de los medios alternativos de comunicación para prestar su consentimiento, en concordancia con lo dispuesto en la ley Nº 20.422 y en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Si la mujer ha sido declarada incapaz judicialmente por causa de demencia, se deberá obtener la autorización de su representante legal, debiendo siempre tener su opinión en consideración, salvo que su incapacidad impida conocerla.

La voluntad de interrumpir el embarazo manifestada por una adolescente de 14 años y menor de 18 deberá ser informada al menos a uno de sus representantes legales; y si fueren varios, a

elección de ella. Si a juicio del médico(a) existen antecedentes que hagan deducir razonablemente que proporcionar esta información al representante legal señalado por la adolescente podría generarle alguno de los riesgos contemplados en el inciso quinto, se informará al adulto familiar o adulto responsable que la adolescente indique. En caso que la adolescente se halle expuesta a alguno de los riesgos referidos, el(la) jefe(a) del establecimiento hospitalario o clínica particular deberá informar al Tribunal de Familia competente para que adopte las medidas de protección correspondientes.

El prestador de salud deberá proporcionar a la mujer información veraz sobre las características de la prestación médica según lo establecido en los artículos 8º y 10 de la ley N° 20.584. Asimismo, deberá entregarle información verbal y escrita sobre las alternativas a la interrupción del embarazo, incluyendo la de programas de apoyo social, económico y de adopción disponibles. La información será siempre completa y objetiva, y su entrega en ningún caso podrá estar destinada a influir en la voluntad de la mujer. No obstante lo anterior, el prestador de salud deberá asegurarse de que la mujer comprende todas las alternativas que tiene al procedimiento de interrupción, antes que este se lleve a cabo y que no sufra coacción de ningún tipo en su decisión. En el marco de las tres causales reguladas en el inciso primero, también se le ofrecerá acompañamiento, tanto en su proceso de discernimiento, como durante el período siguiente a la toma de decisión, que comprende el tiempo posterior al parto o a la interrupción del embarazo, según sea el caso. Este acompañamiento incluirá acciones de acogida y apoyo biopsicosocial ante la confirmación del diagnóstico y en cualquier otro momento de este proceso. En caso de continuación del embarazo, junto con ofrecer el apoyo descrito, se otorgará información pertinente a la condición de salud y activación de redes de apoyo. Este acompañamiento sólo podrá realizarse en la medida que la mujer lo autorice, deberá ser personalizado y respetuoso de su libre decisión. En el caso de concurrir la circunstancia descrita en el número 3) del inciso primero, se proveerá a la mujer de la información necesaria para que pueda presentar una denuncia.

En la situación descrita en el numero 2) del inciso primero, el prestador de salud proporcionará los cuidados paliativos que el caso exija, tanto si se trata del parto como de la interrupción del embarazo con sobrevivencia del nacido.

Para estos efectos, los deberes y obligaciones a que se refieren los dos incisos anteriores se cumplirán, principalmente, mediante las prestaciones vigentes en el momento de la atención en el programa de apoyo al desarrollo biopsicosocial del Sistema Chile Crece Contigo y en el marco del Sistema Intersectorial de Protección Social.

En caso que el acompañamiento no sea ofrecido en los términos regulados en estos incisos, la mujer podrá recurrir a la

instancia de reclamo regulada en el artículo 30 de la ley N° 20.584. Ante este reclamo, el prestador de salud deberá dar respuesta por escrito dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde el día hábil siguiente a su recepción y, de ser procedente, adoptar las medidas necesarias para corregir las irregularidades reclamadas dentro del plazo máximo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la respuesta. Si la mujer presentare un reclamo ante la Superintendencia de Salud, de ser procedente según las reglas generales, ésta deberá resolverlo y podrá recomendar la adopción de medidas correctivas de las irregularidades detectadas, dentro de un plazo no superior a treinta días corridos.”.

2. Incorpórase el siguiente artículo 119 bis:

“Artículo 119 bis. Para realizar la intervención contemplada en el número 1) del artículo anterior, se deberá contar con el respectivo diagnóstico médico.

En el caso del número 2) del artículo referido, para realizar la intervención deberá ratificarse el diagnóstico por el(la) médico(a) que cuente con las habilidades específicas requeridas. Todo diagnóstico y ratificación deberá constar por escrito y realizarse en forma previa. En caso de que se requiera una intervención médica inmediata e impostergable, podrá prescindirse de la ratificación. Tratándose del diagnóstico de un embarazo ectópico no se requerirá la ratificación para interrumpir el embarazo.

En el caso del número 3) del artículo 119, un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, confirmará la concurrencia de los hechos que lo constituyen y la edad gestacional, informando por escrito a la mujer o a su representante legal, según sea el caso, y al(a la) jefe(a) del establecimiento hospitalario o clínica particular donde se solicita la interrupción. En el cumplimiento de su cometido, este equipo deberá dar y garantizar a la mujer un trato digno y respetuoso.

En los casos en que la solicitante sea una niña o adolescente menor de 18 años, los(as) jefes(as) de establecimientos hospitalarios o clínicas particulares en que se solicite la interrupción del embarazo procederán de oficio conforme a los artículos 369 del Código Penal, y 175, letra d), y 200 del Código Procesal Penal. Deberán, además, notificar al Servicio Nacional de Menores.

Tratándose de una mujer mayor de 18 años que no haya denunciado el delito de violación, los(as) jefes(as) de establecimientos hospitalarios o clínicas particulares deberán poner en conocimiento del Ministerio Público este delito, con la finalidad de que se investigue de oficio al o los responsables.

En el proceso penal por el delito de violación, la comparecencia de la víctima a los actos del procedimiento será siempre voluntaria y no se podrá requerir o decretar en su contra las medidas de apremio contenidas en los artículos 23 y 33 del Código Procesal Penal.”.

3. Introdúcese el siguiente artículo 119 ter:

“Artículo 119 ter. El(la) médico(a) cirujano(a) requerido(a) para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el artículo 119 podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al(la) Director(a) del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. En este caso, el establecimiento tendrá la obligación de reasignar otro médico(a) cirujano(a) a la paciente. Si el establecimiento de salud no cuenta con ningún(a) facultativo(a) que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia.

Si el(la) médico(a) cirujano(a) que ha manifestado objeción de conciencia es requerido(a) para interrumpir un embarazo, tendrá la obligación de informar de inmediato al Director(a) del establecimiento de salud que la mujer requirente debe ser derivada.

En el caso que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del número 1) del artículo 119, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista otro(a) médico(a) cirujano(a) que pueda realizar la intervención.”.

4. Incorpórase el siguiente artículo 119 quáter:

“Artículo 119 quáter. Queda estrictamente prohibida la publicidad sobre la oferta de centros, establecimientos o servicios, o de medios, prestaciones técnicas o procedimientos para la práctica de la interrupción del embarazo en las causales del artículo 119.”.

Artículo 2°.- Incorpóranse las siguientes modificaciones en el Código Penal:

1. Agrégase en el artículo 344 el siguiente inciso tercero:

“No constituye delito de aborto la interrupción voluntaria del embarazo en los casos autorizados en el artículo 119 del Código Sanitario.”.

2. Agrégase en el artículo 345 el siguiente inciso segundo:

“No constituye delito de aborto la interrupción voluntaria del embarazo en los casos autorizados en el artículo 119 del Código Sanitario.”.

3. Incorpórase el siguiente artículo 345 bis:

“Art. 345 bis. El que facilitare o proporcionare a otro cualquier órgano, tejido o fluido humano proveniente de aborto o interrupción del embarazo, será penado con presidio menor en su grado máximo, y en el caso de los facultativos médicos se impondrá la pena accesoria de inhabilitación especial del ejercicio de la profesión durante el tiempo de la condena.

Cuando la conducta señalada en el inciso anterior fuere realizada por un facultativo médico en los casos de interrupción del embarazo autorizados por tribunales, la pena se aumentará en un grado y se impondrá la accesoria de inhabilitación especial perpetua para el ejercicio de la profesión.”.

Artículo 3°.- Intercálase, en el inciso primero del artículo 13 bis de la ley N° 19.451, a continuación del punto aparte, que pasa a ser coma, la siguiente oración: “así como quien destine, en cualquier momento, con ánimo de lucro o para fines distintos de los autorizados en esta ley, órganos, tejidos o fluidos humanos provenientes de una intervención propia de la interrupción del embarazo.”.

Artículo transitorio.- El mayor gasto fiscal que irrogue la aplicación de esta ley, en su primer año presupuestario, se financiará con cargo a los recursos que se consulten en la Partida 16 “Ministerio de Salud” de la ley de Presupuestos respectiva. No obstante, el Ministerio de Hacienda, con cargo a la Partida Presupuestaria del Tesoro Público, podrá suplementar dicho presupuesto en la parte del gasto que no se pudiera financiar con tales recursos. Para los años siguientes se contemplará el financiamiento en las leyes de Presupuestos.”.

-.-.-

Acordado en sesiones celebradas los días 12 y 26 de octubre; 2, 9, 14, 22 y 28 de noviembre, y 12 y 14 de diciembre de 2016, y 3, 9 y 16 de enero de 2017, con asistencia de sus miembros, Honorables Senadores señores Pedro Araya Guerrero (Presidente) (Jorge Pizarro Soto),

Alfonso de Urresti Longton, Alberto Espina Otero, Felipe Harboe Bascuñán (Adriana Muñoz Dálbora) y Hernán Larraín Fernández (Víctor Pérez Varela).

Sala de la Comisión, a 18 de enero de 2017.

NORA VILLAVICENCIO GONZALEZ
Abogada Secretaria

RESUMEN EJECUTIVO
INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY, EN SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL, QUE REGULA LA DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO POR TRES CAUSALES
(BOLETÍN N° 9.895-11)

I.- PRINCIPALES OBJETIVOS DEL PROYECTO: la iniciativa en informe tiene por objetivo regular la despenalización de la interrupción del embarazo por las siguientes tres causales:

a) Si la mujer se encuentra en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.

b) Si el embrión o feto padece una alteración estructural congénita o genética de carácter letal.

c) Si el embarazo es resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación.

II.- ACUERDOS: la Comisión, por mayoría de 3 votos a favor y 2 en contra, aprobó la idea de legislar. Votaron a favor los Honorables Senadores señores De Urresti, Harboe y Pizarro. En contra lo hicieron los Honorables Senadores señores Espina y Larraín.

III.- ESTRUCTURA DEL PROYECTO: el proyecto está conformado por tres artículos permanentes y uno transitorio.

IV.- NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL: no hay.

V.- URGENCIA: suma, a contar del día 10 de enero de 2017.

VI.- ORIGEN DE LA INICIATIVA: Mensaje de S.E. la señora Presidenta de la República a la Cámara de Diputaddos.

VII.- TRÁMITE CONSTITUCIONAL: segundo trámite.

VIII.- TRÁMITE REGLAMENTARIO: primer informe.

IX.- LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:

1.- Constitución Política de la República, especialmente sus artículos 1°, 5° y 19.
2.- Código Sanitario, particularmente su artículo 119.
3.- Código Penal, especialmente los artículos 342 a 345, 369 y 494 N° 9°.
4.- Código Procesal Penal, particularmente sus artículos 23, 33, 175 y 200.
5.- Ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, especialmente sus artículos 8°, 10, 15 y 30.
6.- Artículo 13 bis de la ley N° 19.451, que establece normas sobre trasplante y donación de órganos.
7.- Ley N° 20.379, que crea el Sistema Intersectorial de Protección Social e Institucionaliza el Subsistema de Protección Integral a la Infancia "Chile Crece Contigo".
8.- Ley N° 20.418, que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad.
9.- Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.
10.- Convención Americana Sobre Derechos Humanos, o “Pacto de San José de Costa Rica", promulgada por decreto supremo Nº 873, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 5 de enero de 1991.
11.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, promulgado por decreto Nº 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1976, publicado el 29 de abril de 1989.
12.- Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, promulgada por decreto Nº 830, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1990, publicado el 27 de septiembre de 1990.
13.- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, promulgada por decreto Nº 789, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1989, publicado el 9 de diciembre de 1989.

Valparaíso, a 18 de enero de 2017.

NORA VILLAVICENCIO GONZÁLEZ
Abogada Secretaria

INDICE

Página

Objetivos del proyecto…… 4

Normas de quórum especial…….. 4

Antecedentes jurídicos…… 5

Antecedentes de hecho – El Mensaje…….. 6

Discusión en general……... 11

Exposiciones escuchadas por la Comisión:

Sesión del 12 de octubre de 2016 …… 12
La Ministra de la Mujer y Equidad de Género, señora Claudia Pascual .. 12
La Ministra de Justicia y Derechos Humanos, señora Javiera Blanco …. 15
La Ministra de Salud, señora Carmen Castillo …….. 20
El Ministro Secretario General de la Presidencia, señor Nicolás Eyzaguirre ... 22

Sesión del 26 de octubre de 2016 …… 38
Señora Soledad Alvear …… 38
Señor Agustín Squella …… 47
Señora Verónica Undurraga …… 51

Sesión del 2 de noviembre de 2016 …… 60
Señora Alejandra Zúñiga …….. 60
Señor Alberto Naudon …… 65
Señor Diego Schalper …….. 71

Sesión del 9 de noviembre de 2016 ……..... 78
Señor Juan Pablo Cavada …… 78
Señor Pablo Urquízar …… 79
Señora Christine Weidenslaufer …….. 83
Señora Paola Truffello ……... 85

Sesión del 14 de noviembre de 2016 …… 90
Señora Yanira Zúñiga …… 90
Señora Ximena Gauché …… 100
Señora Ángela Vivanco …….. 123
Señora Lidia Casas …… 126
Señor Patricio Zapata …… 131
Señor Víctor Manuel Avilés ……... 140

Sesión del 22 de noviembre de 2016 161
Señor Miguel Ángel Fernández 161
Señor Álvaro Ferrer 188
Señor Antonio Bascuñán 196

Sesión del 28 de noviembre de 2016 203
Señor Jorge Precht 203
Señor Javier Couso 213
Señor Lucas Sierra 230
Señor Tomás Henríquez 236

Sesión del 12 de diciembre de 2016 247
Señora Magdalena Ossandón 247
Señor Jaime Couso 251
Señor Héctor Hernández 257
Señor Máximo Pavez 262

Sesión del 14 de diciembre de 2016 275
Señor Hernán Corral 275
Señor Luis Villavicencio 281
Señor Arturo Fermandois 289

Sesión del 3 de enero de 2017 304
Señor José Luis Guzmán 304
Señor Leonardo Estradé-Brancoli 308
Señor Matías Meza-Lopehandía 331

Sesión del 9 de enero de 2017 353
Señor Gonzalo García 353
Señora Carmen Domínguez 359
Señor Fernando Londoño 372
Señor Alex Van Weezel 379

Sesión del 16 de enero de 2017 395
Últimas deliberaciones 395

Votación en general 433

Texto del proyecto de ley 434

Resumen ejecutivo 440

- - - - - - -