

INFORME DE LA COMISIÓN DE SALUD, recaído en la observación, en primer trámite constitucional, formulada por Su Excelencia el Vicepresidente de la República, al proyecto de ley que regula la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana.

BOLETÍN N° 1.993 -11.

HONORABLE SENADO:

Vuestra Comisión de Salud tiene el honor de informaros respecto de la observación formulada por Su Excelencia el Vicepresidente de la República, en primer trámite constitucional, al proyecto de ley individualizado en el rubro, en uso de la facultad que le confiere el inciso primero del artículo 73 de la Constitución Política de la República y de conformidad con lo establecido en el Título III de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

A una o más de las sesiones en que se consideró esta materia asistieron, además de sus integrantes, el señor Ministro de Salud, don Pedro García, y la señora Ministra subrogante del ramo, doña Cecilia Villavicencio.

Asimismo asistieron, especialmente invitados por la Comisión, del Ministerio de Salud, el doctor Rodrigo Salinas, y el Asesor Jurídico, señor Mauricio Funes.

- - -

Su Excelencia el Vicepresidente de la República formuló una única observación al proyecto de la referencia, del siguiente tenor:

Para sustituir el artículo 1°, por el siguiente:

"Artículo 1°.- 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.

Sin embargo, sus disposiciones no se aplicarán respecto de los procedimientos y técnicas cuyo único propósito sea lograr la

reproducción asistida de los seres humanos, ni respecto de los mecanismos de anticoncepción.”.

El artículo 1° del texto sancionado por el Congreso Nacional dispone, a la letra:

“Artículo 1°.- 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.”.

En la primera sesión en que la Comisión se abocó al estudio de la observación formulada, el Presidente de la Comisión, **Honorable Senador señor Viera-Gallo**, comenzó refiriéndose a los fundamentos de la moción que dio origen al proyecto materia de este informe, y señaló que éstos son muy importantes para determinar las ideas matrices de una iniciativa legal.

Sobre el particular, llamó la atención respecto del párrafo final de los fundamentos de la moción, que estimó clave para la determinación de las ideas matrices del proyecto de ley. El referido párrafo señala, textualmente, lo siguiente:

“En el ánimo de dar un marco legislativo en nuestro país a estos principios éticos en la investigación en seres humanos y legislar sobre dos temas emergentes como son el genoma humano y la clonación, venimos en presentar la siguiente moción parlamentaria....”.

En suma, la moción tiene tres ideas matrices según sus autores, a saber: la investigación en seres humanos, lo relativo al genoma humano y lo relativo a la clonación.

Continuó señalando que la referencia a las ideas matrices del proyecto resulta relevante al momento de considerar la admisibilidad o no de la observación formulada, según se consigna más adelante en el presente informe. Cabe preguntarse, por tanto, si la observación formulada por S.E. el Vicepresidente de la República se comprende dentro de las ideas matrices del proyecto, y en caso que la respuesta sea negativa, eventualmente declarar su inadmisibilidad, facultad que le compete exclusivamente al Presidente del Senado.

Por otra parte, en un aspecto formal, el Presidente de la Comisión señaló que el veto presentado tiene el carácter de aditivo, lo que implica que, en el evento de ser rechazado, se mantiene la norma

sancionada por el Congreso Nacional. Lo anterior, no obstante su tenor literal conforme al cual pareciera tratarse de un veto sustitutivo.

Ahora bien, en cuanto al fondo del asunto planteado por la observación de S.E. el Vicepresidente de la República, el Honorable Senador señor Viera-Gallo puso a disposición de la Comisión una serie de documentos relativos a la materia, a saber: la Resolución 2000-02306 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San José de Costa Rica ; el Informe N°25/04 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; el ensayo “La aplicabilidad del derecho a la vida al embrión o feto en la jurisprudencia internacional durante 2004”, de doña Patricia Palacios Zuloaga; y las sentencias N°s 53/1985, 212/1996 y 116/1999, del Tribunal Constitucional español. Los referidos documentos se encuentran a disposición de los Honorables señores Senadores, en la Secretaría de la Comisión.

En referencia al fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, señaló que su importancia, en relación a la materia en estudio, radica en resolver el primer caso presentado en el sistema interamericano, en el cual un grupo de personas sostiene que la fertilización asistida es contraria al Pacto de San José de Costa Rica. Dicha sentencia concluye que la fertilización asistida es contraria al referido Pacto, y la prohíbe en toda Costa Rica.

Hizo presente que su relación con el proyecto despachado por el Congreso Nacional, es que éste sigue la línea del Pacto de San José, no obstante los términos utilizados en uno y otro caso no son los mismos.

En contra de tal fallo, prosiguió, hubo quienes, teniendo una posición contraria, recurrieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que declaró admisible el reclamo, según consta en el señalado informe, tenido a la vista. Ese es el estado de tramitación actual, y eventualmente y luego de deliberar, dicha Comisión puede remitir los antecedentes a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José, quien fallará en definitiva. Tal decisión será vinculante para todos los países que han ratificado el Pacto de San José de Costa Rica.

Luego se refirió al artículo de la abogada señora Patricia Palacios Zuloaga, titulado “La Aplicabilidad del Derecho a la Vida al Embrión o Feto en la Jurisprudencia Internacional durante 2004.”, el que aborda el caso de San José de Costa Rica aludido y también un caso conocido por la Corte Europea de Derechos Humanos. Este último fue planteado por una mujer francesa de origen vietnamita con 20 a 21 semanas de embarazo, que fue sometida a un aborto terapéutico por razones de salud luego de que, por causa de la acción negligente de un médico, se

determinó que su embarazo no podía continuar. Respecto de este último caso, el señor Presidente destacó el siguiente párrafo del fallo: “....la Corte está convencida que, tal como están las cosas, no resulta deseable ni posible siquiera responder de manera abstracta la pregunta de si el niño no-nato es persona para efectos del artículo 2° del Convenio (“personne” en el texto francés). En el presente caso considera innecesario examinar si es que el término repentino del embarazo de la postulante cae dentro de la esfera del artículo 2° dado que, aun si la disposición fuera aplicable, el Estado parte cumplió con las exigencia relativas a la preservación de la vida en el ámbito de la salud pública.”.

El Tribunal Constitucional español ha fallado en un sentido diverso al expuesto, según consta en los fallos indicados precedentemente en este informe¹.

¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (53/1985)

Recurso tipo: Recurso previo de inconstitucionalidad.
 TEXTO DEL DICTAMEN

Extracto:

...

6. La vida es un concepto indeterminado. Desde el punto de vista de la cuestión planteada se precisa:

a) Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana.

b) Que la gestación ha generado un «tertium» existencialmente distinto de la madre.

c) Que, dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital, tiene particular relevancia el nacimiento. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual al «nasciturus» es ya susceptible de vida independiente de la madre.

7. Los argumentos aducidos no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al «nasciturus» corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, la vida del «nasciturus» es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra Norma fundamental.

8. La protección que la Constitución dispensa al «nasciturus» implica para el Estado dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales. Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones.

...

14. El legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal

A continuación, hizo uso de la palabra el **Honorable Senador señor Boeninger**, quien señaló no tener duda respecto de la necesidad y conveniencia de la existencia de técnicas de reproducción asistida y de mecanismos de anticoncepción. Si la materia no es resuelta por el presente proyecto, prosiguió, serán los tribunales de justicia los encargados de hacerlo.

Al respecto, **el señor Presidente de la Comisión** indicó que, en su opinión, la posibilidad de acceder a los tribunales de justicia planteando el asunto no varía en razón de la aprobación del proyecto de ley de la referencia. La circunstancia que el artículo 1° prescriba que “esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción” no abre la puerta para impugnar las técnicas de fertilización asistida. El único camino para hacerlo seguirá siendo invocar el artículo 4° N°1 del Pacto de San José de Costa Rica, del modo que ocurrió en Costa Rica.

Intervino a continuación el **señor Ministro de Salud, don Pedro García**, quien manifestó las razones que tuvo el Ejecutivo para formular el veto objeto del análisis de la Comisión. Al respecto señaló que se persigue resguardar que, tanto los procedimientos y técnicas de reproducción asistida y los mecanismos de anticoncepción en uso actualmente en nuestro país, no se vean afectados por interpretaciones al artículo 1° del proyecto de ley que regula la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana, sancionado por el Congreso Nacional, atendiendo lo ocurrido en otros países, como el caso de Costa Rica. De acogerse una interpretación en ese sentido, en nuestro país, significaría que muchas personas, que aspiran a tener un hijo ayudados con las técnicas de reproducción asistida, se vean impedido de hacerlo, e incluso, más grave aún, métodos de anticoncepción actualmente en uso eventualmente podrían quedar proscritos.

Finalizó señalando que, en síntesis, lo que se persigue es acotar el alcance de la ley.

El **señor Presidente de la Comisión** destacó nuevamente que, desde un punto de vista jurídico, aún en la hipótesis que el veto sea acogido, de presentarse una controversia prima lo dispuesto en el Pacto de San José y la interpretación que hagan los Tribunales de Justicia de sus normas, en atención a lo dispuesto de el artículo 5° de la Constitución Política de la República.

de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos.

En cuanto a la materia que aborda el veto, esto es, las técnicas de reproducción asistida, manifestó que se encuentra a favor de las mismas.

La **Honorable Senadora señora Matthei**, por su parte, señaló que no ve razón para generar controversia sobre la materia, en circunstancias que jurídicamente prima el Pacto de San José de Costa Rica, independientemente del texto que sancione el Congreso Nacional. En cuanto a las técnicas de reproducción asistida, se mostró partidaria de mantener la situación actual, esto es, que se continúe con las prácticas actuales, fecundación *in vitro* y *GIFT*, las que hasta ahora no han sido cuestionadas, e insistió que estima muy poco probable que los tribunales de justicia y la Corte Suprema vayan a prohibirlas u objetarlas, atendido el texto de la ley.

En una nueva sesión que la Comisión celebró a fin de estudiar y pronunciarse respecto de la observación formulada por S.E. el Vicepresidente de la República al proyecto de ley de la referencia, el **Honorable Senador señor Viera-Gallo** presentó a la Comisión un documento que contiene su posición al respecto, y solicitó la lectura del mismo, a fin de que los otros integrantes de la Comisión manifestaran su parecer, y eventualmente adhirieran a lo expresado en él.

El referido texto comienza señalando, como primer punto a analizar, que el veto formulado podría ser estimado inadmisible por apartarse de las ideas matrices del proyecto. Como ha sostenido el Tribunal Constitucional chileno, en fallo de 26 de octubre de 1972, éstas quedan fijadas por el propósito central de los autores del proyecto, en este caso, la moción que busca legislar sobre la clonación, regular la investigación científica en seres humanos y los diversos aspectos relativos al genoma humano. Ese es el ámbito conceptual que marcó desde sus inicios la discusión parlamentaria del proyecto en cuestión.

Nunca estuvo entre esas ideas, continúa, referirse a la fertilización asistida o a la anticoncepción. Para la primera de ellas existe otra moción presentada en el Senado, y para la segunda, ha habido una clara sentencia de la Corte Suprema afirmando que la llamada píldora del día después no es abortiva. Cuando se analizó la conveniencia de crear una Comisión Nacional de Bioética que asesore al Estado y oriente a la sociedad frente a las implicancias que trae consigo el avance de la ciencia, se partió de la base que éste va a ir cambiando aceleradamente la forma en que el hombre se relaciona con su propia vida y reproducción y que, por tanto, resultaba conveniente que existiera una instancia donde se debatieran todas las implicancias sociales de esos cambios. El proyecto los considera como un dato de la realidad y busca orientar su aplicación, no frenarlos o detenerlos.

Puede considerarse que hubo una referencia tangencial a la fertilización asistida cuando se prohíben las prácticas eugenésicas, pero ese principio es válido para cualquier relación con la vida humana. También el proyecto prohíbe la extracción de células madres de embriones para realizar diversas terapias, lo cual presupone la existencia de embriones fuera del útero materno; más bien lo que hace es regular un aspecto de la fertilización asistida.

De acuerdo al indicado documento, resultaría impropio colegir de ello que las ideas matrices del proyecto se habrían extendido a todo lo referente a la bioética.

En segundo lugar, afirma que el hecho que en el transcurso de la discusión parlamentaria se haya introducido un cambio en la disposición de carácter general relativa a la protección de la vida humana, no altera la situación señalada, ya que la modificación del artículo 1º, primer inciso, como lo señalaron varios Honorables Senadores y Diputados durante el debate, no hizo más que reiterar un concepto ya consagrado en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 19 N° 1, inciso 2º, de la Constitución Política de la República prescribe, a la letra, lo siguiente: “la ley protege la vida del que está por nacer”, recogiendo principios que ya se encontraban en nuestra legislación civil y penal.

El problema no consiste en saber desde cuando debe ser protegida la vida humana. Obviamente es desde que se inicia, o sea, desde su concepción, como señala el Pacto de San José de Costa Rica. La cuestión es concordar acerca de la forma en que el Estado debe brindar esa protección en las diversas etapas de su desarrollo, con qué instrumentos y qué sanciones aplicar a quienes atenten en contra suya o de su normal desarrollo. Así lo ha señalado en diversas sentencias, desde la década del 80, el Tribunal Constitucional español.

Prosigue señalando que, del estudio de la discusión sobre el establecimiento del mencionado precepto constitucional en la Constitución Política de la República, se desprende que los comisionados no tuvieron como propósito prohibir en forma absoluta cualquier intervención sobre el embrión, sino entregar una orientación al legislador, con la sola salvedad de no permitir una “legalización excesiva” del aborto². Un raciocinio análogo se puede hacer respecto al establecimiento del artículo 4º del Pacto de San José y de ello da cuenta cabal la jurisprudencia a que ha dado lugar.

² Sesión 90a de la Comisión Constituyente, de 25 de Noviembre de 1974, Anexo N°1 del presente informe.

Por tanto, la modificación al artículo 1º del proyecto no supone ningún cambio respecto a lo ya existente en nuestro sistema normativo.

Como tercer punto, plantea que se puede considerar que el veto de S.E. el Vicepresidente de la República introduciendo un inciso 2º al artículo 1º, que obviamente tiene la naturaleza de veto aditivo, o bien se refiere a una materia no abordada por el proyecto, en cuyo caso podría ser considerado inadmisibile, o bien constituye una simple precisión que no resulta imprescindible desde el punto de vista jurídico. Es natural que S.E. el Vicepresidente de la República quiera dejar establecido en el trámite legislativo que el inciso 1º del artículo 1º no puede ser interpretado en un sentido tan amplio como para llevar a sostener que los métodos anticonceptivos y la fertilización asistida quedarían proscritos. Seguramente al hacerlo, señala, ha tenido en consideración un fallo del Tribunal Constitucional de Costa Rica que ha prohibido la fertilización asistida amparándose en el artículo 4º del Pacto de San José, el cual se encuentra actualmente objetado ante la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, que admitió a tramitación el reclamo.

Si el constituyente ha facultado al legislador para que se interrumpa el embarazo en casos calificados y por motivos graves, provocando de hecho la muerte del embrión, con mayor razón habrá que entender que existe la posibilidad de realizar prácticas destinadas a favorecer el surgimiento de la vida humana y la consiguiente formación del embrión gracias a los adelantos científicos.

Finaliza consignado que, por mandato de la ley N°18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, no compete a la Comisión que preside pronunciarse sobre la posible inadmisibilidad del veto, facultad privativa del Presidente del Senado, por lo cual sólo cabe dejar constancia de la discusión habida en su seno y del parecer de los diversos Honorables Senadores que la integran.

Habiendo tomado conocimiento del contenido del documento, los **Honorables Senadores señores Boeninger y Ruiz-Esquide** manifestaron compartir plenamente las ideas en él vertidas, y en razón de lo anterior hicieron suyas las ideas que en él se consignan.

Asimismo, los miembros presentes de la Comisión, **Honorables Senadores señora Matthei, y señores Viera-Gallo, Boeninger y Ruiz-Esquide** acordaron dejar constancia expresa que la **Comisión de Salud que integran comparte el criterio del Vicepresidente de la República sobre el tema, lo que no le impide formular las consideraciones anteriormente expuestas sobre la admisibilidad del veto y sobre su alcance. Incluso estima que si éste fuere declarado**

inadmisible o rechazado por el Senado o la Cámara de Diputados, en nada se afectaría el estatuto legal actual que permite las políticas de anticoncepción y la fertilización asistida.

Finalizada la discusión, el Presidente de la Comisión puso en votación la observación formulada por S.E. el Vicepresidente de la República, al proyecto de ley que regula la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana, y cada uno de los Honorables Senadores complementó lo ya expuesto, fundamentando brevemente su voto.

El Honorable Senador señor Ruiz-Esquide señaló, en primer término, que considera importante el pronto despacho del proyecto de ley de la referencia, cuya tramitación se ha prolongado más allá de lo conveniente, y ha generado un debate que excede la intención que motivó la presentación de la moción que le dio origen, que no fue más que avanzar en los tres temas ya señalados, y delimitar las ideas macro en los mismos, lo que estimó muy importante, especialmente considerando la larga data de la moción. Solicitó a los Honorables Senadores presentes su adhesión a esta afirmación, en el sentido de no retrasar aún más la promulgación de este proyecto.

En segundo lugar, reiteró una vez más que comparte las ideas contenidas en el documento elaborado por el Presidente de la Comisión, y reiteró que el texto sancionado por el Congreso Nacional no agrega elementos nuevos a la discusión sobre el comienzo de la vida, que naturalmente es en el momento de la concepción. Distinto hubiese sido, prosiguió, si en el proyecto o en el veto formulado al mismo se precisara cual es el momento de la concepción, tema enormemente debatido.

En ese sentido, manifestó que el veto no agrega elemento nuevo alguno.

Anunció luego su voto favorable al veto, fundamentalmente con el ánimo de no retrasar innecesariamente la promulgación de este proyecto como ley, dejando establecido que comparte y acepta la idea de que sea posible que sea declarado inadmisibile.

El Honorable Senador señor Boeninger, por su parte, señaló que una ley no puede prescribir, pues existen visiones muy distintas en la sociedad, cuando comienza la vida, ni cuando esa vida comienza a ser persona. Reiteró que es partidario de la mayor libertad de investigación para crear vida, y evitar embarazos no deseados, a fin que no prolifere el aborto.

Anunció su voto favorable al veto.

La **Honorable Senadora señora Matthei**, comenzó señalando que es partidaria de los métodos de anticoncepción y de las prácticas de reproducción asistida, aspecto que desea dejar claramente consignado.

Estimó que el veto planteado por S.E. el Vicepresidente de la República sólo genera problemas. El proyecto de ley sancionado por el Congreso Nacional, en su artículo 1° señala expresamente que esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos desde el momento de la concepción, en relación con los aspectos que allí se señalan, esto es, la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas, que sólo se refería a ese ámbito.

Explicó que, en su opinión, cualquiera sea el destino final del veto, podrá generar interpretaciones erradas en el futuro. Así, si se llegase a declarar inadmisibile, alguien podría señalar que el veto era necesario para establecer que las fertilización asistida y los métodos anticonceptivos no resultaban afectados, y al declararse inadmisibile, cabe hacer una interpretación a contrario sensu. Lo mismo podría ocurrir en caso que el veto fuese en definitiva rechazado. La presentación de la referida observación fue, en su opinión, un error.

En segundo lugar, recalcó una idea que ya se planteó en el seno de la Comisión, esto es, que nuestra legislación interna tiene un rango inferior al Pacto de San José de Costa Rica, por ende, independientemente de lo que la ley en definitiva prescriba, en caso de contradicción con el referido Pacto, éste último va a ser el que prime. Por lo tanto, con o sin veto aprobado, cualquier persona puede recurrir invocando el Pacto de San José de Costa Rica, en los términos ya señalados.

Luego anunció su voto en contra del veto, por estimar, de acuerdo a lo expresado, que su formulación es innecesaria y sólo genera problemas. El ámbito de aplicación ya estaba claramente delimitado en el artículo 1° de la ley. Estimó preferible votar en contra del veto, antes que votar a favor, ya que podría ocurrir que por cualquier circunstancia el veto no prospere, y se señale en el futuro que la Comisión de Salud, o algunos de los Honorables Senadores que la integran, consideraban necesario exceptuar claramente de la protección de la ley las referidas técnicas, las que de otro modo resultaban afectadas, lo que, reiteró, no es efectivo. Manifestó su confianza en que los tribunales chilenos interpretarán correctamente el artículo 1° de la ley.

Por último, correspondió el turno al **Honorable Senador señor Viera-Gallo**, quien anunció su voto a favor del veto, en los

términos consignados en el documento que se reproduce precedentemente en este informe.

-- En votación, la Comisión aprobó la observación formulada por S.E. el Vicepresidente de la República, por tres votos a favor, de los Honorables Senadores señores Boeninger, Ruiz-Esquide y Viera-Gallo, y un voto en contra, de la Honorable Senadora señora Matthei. (Mayoría de los miembros presentes). (3x1).

- - -

Acordado en sesiones de fechas 14 de diciembre de 2005 y 25 de enero de 2006, con asistencia de sus miembros Honorables Senadores señora Evelyn Matthei Fornet y señores José Antonio Viera-Gallo Quesney (Presidente), Edgardo Boeninger Kausel y Mariano Ruiz-Esquide Jara.

Sala de la Comisión, a 7 de marzo de 2006.

PEDRO FADIC RUIZ

Abogado Secretario de la Comisión

RESUMEN EJECUTIVO

INFORME DE LA COMISIÓN DE SALUD, recaído en la observación, en primer trámite constitucional, formulada por Su Excelencia el Vicepresidente de la República, al proyecto de ley que regula la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana.

(BOLETÍN N° 1.993 -11).

I. PRINCIPAL OBJETIVO DE LA OBSERVACIÓN: Resguardar que, tanto los procedimientos y técnicas de reproducción asistida y los mecanismos de anticoncepción en uso actualmente en nuestro país, no se vean afectados por interpretaciones al artículo 1° del proyecto de ley que regula la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana, sancionado por el Congreso Nacional, incorporando al efecto un nuevo inciso al artículo 1°.

II. ACUERDOS: Fue aprobado por mayoría de los miembros presentes de la Comisión (3X1).

III. URGENCIA: No tiene.

IV. TRÁMITE CONSTITUCIONAL: Primer trámite.

V. NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL. No tiene.

VI. LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:

1.- Constitución Política de la República, artículo 19, número 1, relativo al derecho a la vida.

2.- Convención Interamericana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica,

Valparaíso, 7 de marzo de 2006.

PEDRO FADIC RUIZ
Abogado Secretario de la Comisión

ANEXO N° 1

ACTAS OFICIALES DE LA COMISION CONSTITUYENTE

Sesión 90ª, celebrada en 25 de noviembre de 1974,
en lo referido a lo derechos del que está por nacer.

...
...

El señor SILVA BASCUÑAN cree que existiría acuerdo para establecer, exclusivamente, que se aseguran los derechos del que está por nacer.

El señor ORTUZAR (Presidente) estima que, naturalmente, la ley protegerá los derechos del que está por nacer.

El señor SILVA BASCUÑAN acota que también existe consenso en no colocar nada relacionado con el aborto.

El señor ORTUZAR (Presidente) señala que al quedar entregada esta materia al legislador, éste determinará en qué caso y en qué forma protegerá la vida del que está por nacer.

El señor SILVA BASCUÑAN puntualiza que de ninguna manera se consultará la disposición, que a él le llenaría de preocupación, que establezca que el legislador podrá, en ciertos casos... etcétera.

El señor EVANS expresa que ese precepto está descartado, y entiende que la disposición es que el legislador protegerá la vida del que está por nacer.

El señor ORTUZAR (Presidente) concuerda en que el bien protegido es la vida del que está por nacer.

El señor SILVA BASCUÑAN precisa que no son los derechos en general los protegidos, sino la vida.

El señor EVANS estima que si la protección se refiere a los derechos, se entraría en otro terreno diverso.

El señor SILVA BASCUÑAN cree que en ese caso se debería, por ejemplo, entrar en la defensa de la herencia.

El señor GUZMAN pregunta si sobre la eutanasia no se hará ninguna mención.

El señor ORTUZAR (Presidente) manifiesta que respecto de la eutanasia no se consultará ningún precepto.

El señor SILVA BASCUÑAN cree que la no mención de la eutanasia es una consecuencia ineludible que no necesita ser expresada, porque, entonces, debería detallarse numerosas formas de ella, y como ya se señaló en la sesión última, no es posible entrar en tanto detalle, pero en todo caso, le parece que la eutanasia debe estar condenada y sancionada.

Los señores EVANS, SILVA BASCUÑAN y OVALLE consideran que es suficiente establecer la protección del derecho a la vida.

El señor ORTUZAR (Presidente) señala que la consagración del derecho a la vida determina que la eutanasia no será permisible.

El señor OVALLE acota que la eutanasia es un homicidio.

El señor GUZMAN expresa que formula esta pregunta porque hay dos posibilidades en esta materia: una, dejarle la interpretación enteramente abierta al legislador, y otra, clarificar la interpretación en el propio seno de esta Comisión, a fin de que, a lo menos, como historia fidedigna de la Constitución, pueda servir de elemento de interpretación.

Agrega que esta inquietud suya se debe a que le sigue pareciendo muy claro que consagrar el derecho a la vida es equivalente a condenar el aborto -porque el aborto es siempre un homicidio, más allá de toda consideración de orden religioso, como se analizó en otra oportunidad- como también le parece que es respecto de la eutanasia. Añade que no escapa a su consideración el hecho de que aquí se invocaron, para sostener que el aborto podría llegar a ser estimado legítimo, en determinados casos, razones de orden humanitario y de sentimientos, en el buen sentido del término, y ocurre que para la eutanasia también existen muy buenas razones de sentimientos y de humanitarismo, en el mismo orden que se quiso validarlas para el aborto.

Declara que está en contra de toda forma de aborto y de toda forma de eutanasia, pero, si se invocarán argumentos como los que señalaron los señores Ortúzar, Evans y Ovalle, respecto del aborto, su pregunta iba dirigida a si, en materia de eutanasia, se desea dejar constancia de un criterio distinto, o quedaría igualmente abierto al legislador que apreciara, con entera libertad, el problema de cómo una norma referente a esta materia estaría o no en concordancia con el texto constitucional.

El señor EVANS acota que esta última posibilidad estaría entregada a los tribunales.

El señor ORTUZAR (Presidente) considera que la situación es diferente, pues en el caso de la eutanasia, en su opinión, es evidente que no sería permisible, porque la Constitución va a consagrar el derecho a la vida y es indudable que si se suprime la vida de una persona por razones humanitarias, se atenta contra el derecho a la vida. En cambio, le parece que es distinto el caso de la vida de que está por nacer, por cuanto en esa situación específica sí que se ha entregado al legislador la facultad de proteger la vida del que está por nacer y de determinar, entonces, cuáles son los casos que pueden presentarse.

Estima que respecto del aborto terapéutico, cuando el derecho a la vida de la madre está en pugna con el derecho a la vida del hijo -que fue lo que, por lo menos, en lo personal, hizo mayor fuerza sobre él- existe una pugna entre dos existencias, de manera que son situaciones diferentes.

Considera que si no se contempla ninguna disposición, nadie podrá colegir que queda a la libre interpretación la facultad de ejercer o no la eutanasia, ya que le parece evidente que no sería permisible, por lo menos, según su opinión.

El señor SILVA BASCUÑAN señala que el señor Presidente ha expresado una frase que le ha traído inquietud, pues entiende que cuando se está estableciendo en la Constitución que debe protegerse la vida del que está por nacer, de ninguna manera se concede libertad al legislador para determinar, soberana y arbitrariamente, de qué manera va a protegerla, de modo que no le parece que pueda argumentarse que el legislador queda libre para hacer lo que desea en materia de protección de los derechos del que está por nacer.

El señor ORTUZAR (Presidente) expresa que, en realidad, lo que no se quiso hacer en la Constitución fue ni hacer permisible el aborto terapéutico ni condenarlo, y si no se ha hecho permisible ni se ha condenado es porque se le ha entregado al legislador la protección de la vida del que está por nacer, tal como ocurre hoy día con la disposición del Código Civil, y estima que nadie podría afirmar que el aborto terapéutico constituye delito, porque no está consignado como tal.

El señor SILVA BASCUÑAN hace presente que para él existen dos tipos de encargos al legislador: el encargo explícito de completar el sentido de la constitución, y el encargo implícito, que es el de hacerla funcionar, y le parece que dentro de este segundo caso podría estar la interpretación correcta, pero cree que de ninguna manera podría estarlo en el primero. Añade que no está en su propósito darle la posibilidad al legislador de que, en un momento determinado, se valga de un precepto establecido en la Constitución para

realizar algo intrínsecamente perjudicial, como son las leyes relativas a la eutanasia.

Agrega que diverge de la opinión del señor Ortúzar, pues cree que en el llamado aborto terapéutico no hay conflicto de derechos, susceptible de ser tratado como tal, de acuerdo con las reglas generales de la ciencia jurídica, sino que existe una aplicación de un principio inaceptable para el Derecho, de que el fin justifica los medios. Estima, en todo caso, que dilucidar quién tiene la razón en el caso del aborto terapéutico, es un problema que competirá siempre a los tribunales, los que determinarán si aplicarán o no la pena que pueda corresponder al aborto.

Cree que si se considera que el único caso en que el aborto es admisible es el denominado aborto terapéutico, -y lo es en virtud de que se entiende que existe un conflicto de derechos- a su juicio, en nada pugnaría la posibilidad de que este criterio quedara válido -si los tribunales así lo creyeran del caso- con la circunstancia de que no se consagrara explícitamente en la Constitución la prohibición del aborto y de la eutanasia.

El señor ORTUZAR (Presidente) estima que las observaciones se están alejando de lo que debe ser el debate del tema.

El señor GUZMÁN cree que puede consagrarse perfectamente en la Constitución el precepto que ha sugerido, y agrega que si hay otro tipo de aborto que se desee dejar al legislador la posibilidad de que lo legitime, entiende, entonces, el silencio, y lo entendería como el señor Silva Bascuñán, es decir, como un simple silencio, pero en ningún caso como una declaración de permisibilidad al legislador, sino como una manera de eludir un conflicto que la Comisión ha estimado oportuno por razones de legítima prudencia, en opinión de la mayoría.

El señor ORTUZAR (Presidente) considera que el silencio significa que no se condena el aborto terapéutico, para precisar un caso, y así se ha entendido, pues por ello existe el propósito de escoger la fórmula de que la ley protegerá la vida del que está por nacer, ya que lo que no se ha querido hacer es adoptar ni una ni otra fórmula extrema en la Constitución, vale decir, ni condenarlo ni hacerlo permisible explícitamente, sino que dejar entregada a la ley la protección de la vida del que está por nacer.

Agrega que dentro de esta facultad que tendrá el legislador, se podrá no considerar delito el aborto terapéutico -como entiende que hoy día no lo es- ya que sólo la práctica maliciosa del aborto está penada por el Código Penal, pero el aborto terapéutico no se encuentra sancionado por dicho texto

legal. Estima que si se va a establecer en la Carta Fundamental un precepto que no lo hace admisible en caso alguno y, por el contrario, lo hace condenable, es evidente que deberá estar sancionado por el Código Penal.

Manifiesta que, en resumen, entiende que se 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.

El señor EVANS expresa que piensa como el señor Presidente, pero frente al aborto terapéutico -ya las razones han sido expuestas- cree que el legislador, la ley penal, puede tener una posición de apertura o comprensión muy diferente que respecto del aborto común, como, por ejemplo, en el caso de un padre que, enfrentado al drama horrendo de tener que determinar en un momento dado -en un conflicto que se ha analizado muchas veces- entre la vida de su mujer y de su hijo, escoge la de su mujer, y al respecto, estima que someter, además, a ese padre a proceso, sería excesivo.

Añade que él también ha entendido que esa expresión implicaba darle al legislador en materia penal, la posibilidad de dejar marginado de las figuras constitutivas de delito en esta materia, aquellas que se produjeran o que surgieran con ocasión de una decisión como la que ha señalado, y por lo tanto, entiende en forma similar al señor Presidente, la situación planteada, pero debe hacer presente que le están asaltando dudas de si lo que se va a establecer en la Constitución interpreta lo que el señor Ortúzar, él mismo y el resto de los miembros de la Comisión han entendido acerca de la expresión "la ley protegerá la vida del que está por nacer".

Señala que tiene dudas si dicha norma es lo que se han propuesto, y agrega que no sabe si convendría o no emplear estos términos, porque si se está estableciendo el derecho a la vida y a continuación, se prescribe que la ley protegerá la vida del que está por nacer, cabe preguntar si la ley no protegerá la vida de los demás, como, por ejemplo, la vida del nacido deforme, la vida del nacido con un defecto psíquico, o la del enfermo irrecuperable o que la ciencia

califique de irrecuperable. Piensa que si la ley protegerá sólo la vida del que está por nacer, no sería posible dar a este precepto la interpretación contraria.

Agrega que, en verdad, de este debate -en el que no desearía que se reiteraran los argumentos antes expuestos- le surge la duda de si conviene o no emplear el precepto mencionado, el cual se trajo a colación considerando el artículo 75 del Código Civil, y por consiguiente, no era novedad que el constituyente protegiese la vida del que está por nacer, pues fue solo entonces cuando surgió la idea de incorporarlo al texto constitucional, no expresado como en el Código Civil, respecto de los derechos del que está por nacer, sino de la vida del que está por nacer.

Expresa que tiene fe en el futuro legislador y en los tribunales del país, y cree que debe ser la jurisprudencia y el legislador quienes vayan dando vida y fuerza as este precepto. Declara que en principio, sería partidario, tal vez, de dejar este precepto en los siguientes términos: "La constitución garantiza el derecho a la vida y el derecho a la integridad física", quedando para un estudio posterior lo atinente a la integridad psíquica, y consagrar -como se está consagrandando el derecho a la vida- a continuación, en un inciso especial, la aplicación de la pena de muerte, que es la negación del derecho a la vida. Cree que, en seguida, debe establecerse un precepto sobre los apremios ilegítimos, sean éstos físicos, los cuales debe prohibirse en forma terminante, como consecuencia del amparo que se está brindando a la integridad física y psíquica.

Añade que el otro precepto, del cual todos aparecen como partidarios en un momento determinado, le parece que puede ser fuente de conflictos, y en todo caso, lo que sí no le cabe ya ninguna duda, es que no interpreta lo que el señor Ortúzar ni él, por lo menos, han manifestado que desean expresar.

El señor ORTUZAR (Presidente) cree que ha sido muy interesante la observación formulada por el señor Evans, y señala que, personalmente, no tiene la inquietud que él ha hecho presente, relacionada con el hecho de si al protegerse la vida del que está por nacer no se está protegiendo al vida del que nace defectuoso, irrecuperable, etcétera, porque estima que éste último está protegido por el derecho a la vida, de manera que no le preocupa este aspecto. Agrega que no tendría ningún inconveniente -fue el señor Evans quien sugirió este precepto- en que éste no se contemplara, pero cree que procede preguntarse, con absoluta sinceridad, si al consagrar el derecho a la vida, sin expresar nada de la vida del que está por nacer, se está también consagrandando el derecho a la vida del que está por nacer, y por lo tanto,

está, necesariamente, condenándose inclusive el aborto terapéutico, que todos los miembros de la Comisión han deseado dejar entregado a la apreciación más libre del legislador, porque, como señalaba el señor Guzmán en la sesión anterior, es evidente que el ser humano tiene cierta existencia aún antes de nacer, y si bien es efectivo que el Código Civil previene que la existencia de la persona comienza al nacer, también el mismo Código reconocer que existe un principio de persona antes del nacimiento y por eso la protege.

El señor EVANS acota que el Código Civil sólo se refiere a la existencia legal de la persona.

El señor ORTUZAR (Presidente) señala que, entonces, si se consagra el derecho a la vida, con mayor razón podría entenderse que con ese precepto también se está consagrando el derecho a la vida del que está por nacer. Agrega que él se inclinaría por esta interpretación, porque no podría desconocer que dentro del vientre materno, desde la concepción, hay un ser humano, de manera que se estaría consagrando el derecho a la vida del que está por nacer y se estaría condenando, en forma definitiva, incluso el aborto terapéutico, siendo este punto donde reside la única duda que le asiste.

El señor EVANS expresa que por esa razón, él lo ha planteado todo en un tono dubitativo.

El señor SILVA BASCUÑAN considera que es un avance del constituyente establecer no sólo el precepto de protección del derecho a la vida, sino también la protección de la vida del que está por nacer porque eso será un buen argumento para que el legislador no abra la posibilidad a la legalización excesiva del aborto. Estima que es evidente que ahí no hay una prohibición directa y absoluta, pero existe una disposición implícita que se fortalece si acaso se incluye en la Constitución dicha frase, y le parece que queda más sólida la condensación implícita de todo abuso del legislador si se coloca esa rase que si no se incluye. Declara que es partidario de establecer dicha expresión, porque el legislador tendrá, en esta forma, mucha inclinación por sostener esta posición defensiva de la vida del que está por nacer, y por ello es ardiente partidario de mantener la frase en la Constitución.

El señor EVANS manifiesta que no tiene inconveniente en que se conserve la frase a que elude el señor Silva Bascuñán, si se deja constancia en el Acta que ello se hace tanto por las opiniones que él acaba de exponer, cuanto porque esa frase implica un mandato flexible para no sancionar penalmente formas de aborto terapéutico en que haya mediado una

decisión responsable del padre o del facultativo, y en ese sentido, solicita que quede constancia de la opinión del señor Silva Bascuñán y de la suya.

El señor OVALLE señala que él se remite a lo expresado al discutirse anteriormente este tema, y declara que es partidario de conservar la disposición relativa a que la ley protegerá la vida del que está por nacer, en primer lugar, porque no implica, de ninguna manera, la idea de que el constituyente pueda olvidarse del derecho a la vida de los que existen, puesto que ello está consagrado en el inciso anterior, y en consecuencia, no comparte los temores del señor Evans, pues el constituyente entra a preocuparse en esta disposición, precisamente, del único caso que puede plantear dudas, ya que lo demás está resuelto en la disposición que precede, que consagra el derecho a la vida, sin excepción.

Agrega que para él esta norma, como señala el señor Evans, es flexible, pero esa flexibilidad no la entiende tan limitada como lo aprecian los señores Silva Bascuñán y Evans -y no repetirá los argumentos que expuso en la sesión anterior- y sólo desea señalar que la entiende de la siguiente manera: el legislador deberá tratar con acopio de antecedentes, informes técnicos y estudios concretos que el constituyente no puede, necesariamente, tener a la vista, por su tarea de carácter general, el problema del aborto, pero no podrá hacerlo con la liberalidad con que, por ejemplo, se ha abordado este problema en los países nórdicos, porque es deseo del constituyente que lo considere en forma restringida.

Agrega que, personalmente, no sólo es partidario del aborto terapéutico, sino que de otros casos más, que para él se justifican en plenitud, y estima que el legislador, ante el deseo del constituyente de no liberalizar la legislación relativa al aborto, en los términos tan amplios a que se ha referido, tendrá que consignar con un espíritu restrictivo, consciente y muy concreto, los diversos casos que, desde el punto de vista que él tenía, puedan justificar un aborto, y en este orden de ideas entiende este problema.

El señor ORTUZAR (Presidente) expresa que no tiene inconveniente en aceptar que se deje constancia en el Acta, de las sugerencias formuladas por el señor Silva Bascuñán y complementadas por el señor Evans, pero en el entendido, también, de que al referirse a esta forma de aborto -el aborto terapéutico- se está señalando la forma principal que, probablemente, podrá considerar el legislador, pero no se atrevería a afirmar que es la única, por las razones señaladas por el señor Ovalle, y porque cree que debe situarse en el caso de que, si el día de mañana ocurriera una violación, incluso una violación masiva de alumnas de una

escuela, y que siendo legisladores los miembros de la Comisión, tuvieran que entrar a establecer la posibilidad de considerar como lícito, en ese caso, el aborto, declara que en esa situación se encontraría frente a un grave problema de conciencia, porque si le ocurriera en lo personal, con respecto a una hija, tendría el problema de conciencia, y probablemente, si los antecedentes del violador fueran los de un anormal, degenerado o delincuente, etcétera, se inclinaría incluso a autorizar ese caso de aborto.

Cree que debe situarse en el evento de que el día de mañana, como legislador tuviera que resolver este problema con caracteres ya mucho más importantes, y por tal motivo le parece que en esta materia quizás convendría ser, también, un poco flexibles, aspecto éste en el que comparte la opinión del señor Ovalle, y aún cuando no se atreve a precisar cuáles son los casos, no cree que en conciencia, el único sea el aborto terapéutico.

Manifiesta que por estas consideraciones, aceptaría la proposición para que se deje constancia en el Acta de las observaciones de los señores Silva Bascuñán y Evans, en el entendido de que se deja esta posibilidad al legislador, con el fin de que él pueda apreciar aquellos casos, como el del aborto terapéutico, principalmente, en que, en realidad se estime que puedan no ser constitutivos de delitos.

El señor SILVA BASCUÑAN señala que, por su parte, desea ardientemente que el legislador, al actuar, lo haga con el criterio que él ha expuesto, que es, desde todo punto de vista, contrario al aborto.

El señor ORTUZAR (Presidente) considera que se ha avanzado bastante, porque, como expresaba el señor Silva Bascuñán, se está estableciendo ya una pauta en la Constitución, y por norma general, se está condenando el aborto, y no podría dictarse una ley que lo hiciera permisible, pero el legislador determinará si hay casos tan calificados, como el del aborto terapéutico, principalmente, que puedan no ser constitutivos de delitos, y en este sentido acepta la proposición.

A continuación, solicita el asentimiento de la Comisión para que, sin perjuicio, naturalmente, de las opiniones emitidas por cada uno de sus miembros integrantes, quede constancia en el Acta, en los términos expresados, de las observaciones formuladas por los señores Silva Bascuñán.

- - -

INDICE

Constancias	1
Discusión	2
Votación	10
Reseña	12
Anexo	13
Índice	22