

Curso de Derecho Constitucional

Aspectos dogmáticos de la
Carta Fundamental de 1980 Tomo II

Ángela Vivanco Martínez

Segunda edición ampliada

EDICIONES UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE
Vicerrectoría de Comunicaciones y Educación Continua
Alameda 390, Santiago, Chile
editorialedicionesuc@uc.cl
www.ediciones.uc.cl

CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Tomo II
Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980
Ángela Vivanco Martínez

© Inscripción N° 146.027

Derechos reservados

Abril 2006

ISBN N° 978-956-14-1217-0

Segunda edición

Diseño: José Miguel Cariaga

Impresor:

ANDROS IMPRESORES

C.I.P. - Pontificia Universidad Católica de Chile
Vivanco Martínez, Ángela

Curso de Derecho Constitucional /

Ángela Vivanco Martínez.

Incluye bibliografía.

1. Derecho Constitucional-Chile.

2. Derecho Político-Chile.

2004 342.83 dc 21 RCA2



EDICIONES UC

La tortura se encuentra ya prohibida en el artículo 5º de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Nadie será sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes"⁷⁰⁹. A fin de precisar el concepto de *tortura*, se tendrá presente lo sostenido en el artículo 1º de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, bajo el siguiente tenor: "Se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instancia suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que haya cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán torturas las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación de libertad, o sean inherentes o incidentales a esta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos"⁷¹⁰.

En atención a lo expuesto, podemos aseverar que el individuo que aplica tortura o tormentos físicos o psíquicos, se trate o no de una autoridad, no sólo comete un delito, sino que infringe, además, la Constitución y su acto es uno de los más graves atentados contra la dignidad del ser humano y contra el ordenamiento institucional⁷¹¹.

Sobre esta materia, es importante tener presente el debate generado en los últimos años, en torno a conductas terroristas de impacto masivo como los sucesos del 11 de septiembre en Nueva York, del 11 de marzo en Madrid o los últimos de Osetia del Norte y a, si es posible, en aras de prevenirlos, aplicar tortura a los sujetos involucrados en las redes de terrorismo⁷¹².

Quienes justifican o pretenden justificar la tortura en ciertas situaciones excepcionales, incluso en países firmantes de las convenciones internacionales que la prohíben, han basado parte de su argumentación en la obra del catedrático de Derecho de Harvard, Alan Dershowitz, sobre Terrorismo⁷¹³, en el sentido de que el terrorismo actual no constituye un atentado aislado, sino organizado a gran escala, desde estados o grupos humanos que no comparten ninguna de las formas de vivir ni el respeto por los derechos de las personas en Occidente, por lo que representan un peligro difícilmente abordable con los sistemas comunes de prevención y sanción de delitos. Además, considerando que no se trata técnicamente de combatientes respecto de los cuales resultara necesario aplicar las Convenciones de Ginebra, se plantea si, respecto de la tortura, puede considerarse una cierta validación, cuando lo que busca es descubrir un determinado hecho o conspiración y no ser usada para obtener evidencia legal que se destine a un juicio⁷¹⁴.

A nuestro juicio, este tipo de reflexiones importa un peligro extremo para los derechos humanos considerados intransables en un mundo civilizado. Es efectivo que los ataques terroristas antes descritos han sido perpetrados por individuos asociados con regímenes o grupos que no comparten ese ideario, y que, muy probablemente, no reconocen una dignidad común en todos los sujetos. También es efectivo que, en situaciones de desesperación y arrebatado, un individuo puede usar la fuerza para obligar a otro a dar ciertas informaciones, situación que generará mayor o menor responsabilidad penal de acuerdo a las circunstancias del hecho y del sujeto, incluso, pudiendo significar que el juez considere la inexigibilidad de otra conducta a su respecto. Sin embargo, dichas situaciones distan mucho de crear, jurídica o éticamente, una validación de la tortura como herramienta utilizable en situaciones excepcionales, ya que ello no hace otra cosa que reproducir la categorización de sujetos como "enemigos" en lo sustantivo y aparejar a ello una disminución ostensible de sus derechos.

La experiencia histórica de regímenes que utilizaron la tortura sistemática justificada por la "razón de Estado", o por las necesidades de la "seguridad nacional", debe prevenirnos contra estas influencias sobre el sistema. Reconocer que la tortura puede ser una herramienta válida en ciertas circunstancias abre la puerta a una infinita cantidad de presiones procedentes de intereses presuntamente legítimos, para justificar el atentado al derecho a la integridad física y psíquica y a otros muchos derechos, los cuales no se encuentran garantizados en las constituciones y tratados, sólo a los que comparten el ideario de los derechos humanos, sino a todas las personas sin distinción.

En el caso chileno, es especialmente relevante, para entender que la prohibición de tortura no tiene excepciones, tanto lo expresado en esta norma como en el artículo 7º ya comentado: Ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias es admisible torturar a sujeto alguno.

(e) La protección de la vida del que está por nacer. La prohibición constitucional del aborto⁷¹⁵

a.1) Aspectos biológicos del inicio de la vida del ser humano

Para ser persona, se exige al individuo, además de pertenecer a la especie humana, estar vivo. Desde un punto de vista lego o simplemente experiencial, cualquiera de nosotros podría decir que la condición de "estar vivo" en un ser se manifiesta o evidencia por elementos tales como el movimiento,

⁷⁰⁹ Vid. Hervada, Javier: *Textos internacionales de Derechos Humanos* (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1994, 2ª edición), p. 142.

⁷¹⁰ Ídem, p. 661.

⁷¹¹ La Convención Contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, adoptada en la Asamblea de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1984 y en vigor desde el 27 de junio de 1987, fue ratificada y entró en vigencia en Chile el 30 de septiembre de 1988. En dicha Convención se define "tortura" como: "Todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a estas". El artículo 2º de dicha Convención representa obligaciones específicas para el Estado de Chile como signatario de ella, pues prescribe en sus tres numerales: "1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción. 2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura. 3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura". Finalmente, el artículo 5º de esta Convención posibilita una amplia jurisdicción sobre estos delitos por todos los Estados que tengan interés en ello, al establecer: "1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos: a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y este lo considere apropiado. 2. Todo Estado Parte tomará, asimismo, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo". Precisamente en virtud de tal normativa se mantuvo detenido al General Augusto Pinochet en Londres por un año entero, en cumplimiento de la orden de captura internacional dictada a su respecto por el juez español Baltasar Garzón.

⁷¹² "In August 2002, the Justice Department advised the White House that torturing Al Qaeda terrorists in captivity abroad "may be justified," and that international laws against torture "may be unconstitutional if applied to interrogations" conducted in President Bush's war on terrorism, according to a newly obtained memo. If a government employee were to torture a suspect in captivity, "he would be doing so in order to prevent further attacks on the United States by the Al Qaeda terrorist network," said the memo, from the Justice Department's office of legal counsel, written in response to a CIA request for legal guidance. It added that arguments centering on "necessity and self-defense could provide justifications that would eliminate any criminal liability "later". Priest, Dana and

Smith, R. Jeffrey: "Memo offered justification for use of torture. Justice dep. Gave advice in 2002", Washington Post Staff Writers Tuesday, June 8, 2004: Page A01, en <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A23373-2004Jun7.html>, sitio consultado en septiembre de 2004.

⁷¹³ Dershowitz, Alan M.: *Why Terrorism Works-Understanding the Threat, Responding to the Challenge* (New Haven and London, Yale University Press, 2002). Esta obra ha tenido un muy interesante comentario crítico en Wagner, Markus: "The justification of torture. Some remarks on Alan M. Dershowitz's *Why Terrorism Works*, *German Law Journal* Nº 5 (1 May 2003) en <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=274>, sitio consultado en septiembre de 2004.

⁷¹⁴ Siguiendo a John Langbein's study, "Torture and the Law of Proof": Vid. Wagner, Warkus: Ob. cit.

⁷¹⁵ En el inicio de este epígrafe, se recogen algunas reflexiones contenidas en la monografía de la autora, "El derecho a la vida y la discusión acerca del concepto de persona humana en el ámbito constitucional", publicada en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 28, Nº 2, 2001 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001), pp. 467-480.

el crecimiento, la reacción ante los estímulos, el consumo de nutrientes, la liberación de energía e incluso la reproducción⁷¹⁶.

Sin embargo, estos rasgos distintivos pueden o no concurrir respecto de un ser vivo —y la precisión no es menor— cuando se trata de definir, por ejemplo, desde qué momento el ser humano ha de ser protegible como persona con vida durante el proceso de gestación y considerado como tal. Lo que más bien aparece como científicamente indiscutido de todo ente vivo es que se encuentra conformado, al menos, por una célula y que esta es capaz de mantener un ciclo continuo de destrucción y regeneración fruto de algún tipo de actividad en su propio interior⁷¹⁷.

A tal proceso se le dio el nombre, por Maturana y Varela, durante los años setenta, de *autopoiesis*, caracterizado por la existencia, en toda célula, de una membrana semipermeable “que establece un límite de difusión y permeabilidad que discrimina entre el interior químico (o *sí mismo*) y los medios libremente difusivos en el ambiente externo (no *sí mismo*). Dentro de este límite, la vida celular es una red metabólica: basada, parcialmente en nutrientes que ingresan desde el medio exterior, una célula se mantiene mediante una red de transformaciones químicas. Pero —y este es el punto clave— la red de reacciones es capaz de regenerar los componentes que están siendo transformados, incluidos aquellos que componen la barrera o membrana. En otras palabras, una célula es capaz de automantenimiento gracias a un patrón constitutivo o proceso de generación circular que reemplaza continuamente, los componentes que están siendo destruidos y recrea las condiciones para discriminar entre el *sí mismo* y el *no-sí mismo*”⁷¹⁸.

El proceso de *autopoiesis* es observable también en el ser humano desde la fecundación, como primera etapa de la formación de un ser humano. En efecto, durante el proceso de la fecundación humana, la permeabilidad de la zona pelúcida que rodea al óvulo se modifica cuando la cabeza del espermatozoide entra en contacto con la superficie del ovocito, de tal modo que se impide, por reacciones enzimáticas, que más espermatozoides atraviesen dicha zona, es decir, se produce una discriminación entre el *sí-mismo* del óvulo ya en el proceso de fecundación y lo externo a dicho proceso, es decir, los restantes espermatozoides que, de penetrar y llegar al ovocito, provocarían una falla genética masiva incompatible con la vida. Por otra parte, mientras se forman los pronúcleos femenino y masculino dentro del huevo, ya encontramos actividad metabólica de este, por lo que podemos considerar que la activación que sigue a la fusión de estos pronúcleos comprende los fenómenos celulares y moleculares iniciales relacionados con las primeras etapas de embriogénesis⁷¹⁹.

De esta forma, lo distintivo de los procesos que permiten demostrar la vida ya se encuentra presente en el proceso de fecundación de un ser humano.

Sin embargo, podría argumentarse que esa catalogación de “vivo” correspondería a los gametos de los que se forma, como células aploides con procesos metabólicos propios, que, obviamente, no constituyen un ser humano, sino productos celulares de él. Luego, podría afirmarse que estamos en presencia de “material humano”, pero no de un ser humano.

Tal afirmación es directamente refutada por la embriología moderna, en orden a precisar que “el desarrollo de un individuo comienza con la fecundación, fenómeno por el cual el espermatozoide del varón y el ovocito de la mujer se unen para dar origen a un nuevo organismo, el cigoto”⁷²⁰. Debemos, entonces, preguntarnos por qué afirmamos que el cigoto es un nuevo organismo y por qué le concedemos una individualidad humana.

Respecto a por qué el cigoto formado durante el proceso de fecundación es un nuevo organismo, nos parece que responde adecuadamente dicha pregunta, revisar cuáles son los principales resultados de la fecundación. En efecto: a) Se produce el “restablecimiento del número diploide de cromosomas, la mitad procedente del padre y la mitad de la madre. En consecuencia, *el cigoto posee una nueva combinación de cromosomas, diferente a la de ambos progenitores*”; b) se verifica la “determinación del sexo del nuevo individuo. Un espermatozoide que posea X producirá un embrión femenino (XX) y un espermatozoide que posea Y originará un embrión masculino (XY). *En consecuencia, el sexo cromosómico del embrión queda determinado en el momento de la fecundación*” y, c) por último, se iniciará “*la segmentación*. Si no se produce la fecundación, el ovocito suele degenerar en el término de 24 horas después de la ovulación”⁷²¹.

Determinado ya que estamos en presencia de un nuevo ser, cuando observamos al cigoto, el que es genéticamente de la especie humana y no puede pertenecer a otra especie, cabe, entonces, preguntarse si desde ese momento podemos hablar de una individualidad o si tal individualidad se adquirirá con posterioridad. Al respecto, debe partirse de una premisa fundamental: “Para que exista un ser humano es necesario que simultáneamente la realidad estudiada —en este caso, el embrión o cigoto— sea un ser vivo individual”⁷²².

En este contexto, debemos entonces examinar si es verificable tan calidad de “individual” en el embrión o cigoto, durante la primera etapa de su desarrollo, es decir, desde la fecundación.

Ya en el período 1960-1975, los principales estudios de embriología estuvieron contestes en afirmar aspectos fundamentales relativos a la individualidad del ser humano desde el momento de la fecundación: “El inicio de una nueva vida humana coincide con el momento de la fecundación”. El nuevo ser resultante de esta es “miembro de la especie humana, concreto, único, irrepetible y distinto de los demás... El óvulo fecundado es un ser vivo, posee ácidos nucleicos y proteínas y es capaz de sintetizar esos elementos de una manera específica que la diferencia de sus progenitores. Todos sus caracteres orgánicos futuros se encuentran ya en su código genético... El embrión, desde las más tempranas fases, muestra una autonomía intrínseca y direccional en su desarrollo y... la ontogénesis es un proceso continuo, homogéneo y sin fisuras; se pasa de unos a otros períodos insensiblemente y todos dependen de los anteriores; en el desarrollo hay unidad”⁷²³.

En el último tiempo, el enorme avance científico experimentado por nuestro mundo no ha hecho más que agregar argumentos a los ya mencionados acerca de la individualidad del embrión. En efecto:

e.1.1) La combinación de cromosomas masculinos y femeninos de un modo único en el embrión humano representa la posibilidad de este de desarrollarse como *individuo*: “Si se forma un cigoto con dos pronúcleos masculinos... este produce pequeñas vesículas que se parecen a las membranas y a la placenta... eso es todo lo que sabe hacer un cigoto que contenga sólo elementos masculinos. Si un cigoto contiene sólo cromosomas de origen femenino, fabrica ‘piezas sueltas’, construye trozos de piel, partes de dientes, puede hacer una uña pequeña, pero todo en completo desorden, sin articular de manera alguna, piezas sueltas solamente, no un individuo. Es lo que se llama *moja hidatiforme*”⁷²⁴.

e.1.2) El embrión cuenta desde la fecundación, con “una potencialidad propia y autonomía genética, ya que, aunque dependa de su madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo a su propio programa genético. La implantación uterina no determina, en este sentido, el comienzo de la vida humana”⁷²⁵.

⁷¹⁶ Resulta extraordinariamente interesante revisar el presunto diálogo entre un granjero y un extraterrestre, en el inicio de la obra de Francisco Varela: *El fenómeno de la vida* (Santiago, Dolmen, 2000), en el cual el primero se vale de todos estos elementos de argumentación para tratar de explicar malamente al extraterrestre cuáles son los rasgos demostrativos de que un ser está vivo (pp. 24-27), los que son rebatidos uno a uno por el segundo.

⁷¹⁷ Ídem, p. 26.

⁷¹⁸ Ídem, pp. 29-30.

⁷¹⁹ Sadler, T.W.: *Embriología médica de Langman* (Bogotá, Editorial Médica Panamericana, 1996, 7ª edición), p. 28.

⁷²⁰ Ídem, p. 3.

⁷²¹ Ídem, p. 29. Las cursivas son nuestras.

⁷²² Blázquez, Niceto: *Bioética fundamental* (Madrid, BAC, 1996), p. 9.

⁷²³ Ídem, p. 10.

⁷²⁴ Lejeune, Jerome: *¿Qué es el embrión humano?* (Madrid, 1993), pp. 53-54.

⁷²⁵ Femenía López, Pedro J.: *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro* (Madrid, McGraw-Hill, 1999), p. 10.

e.1.3) El embrión preimplantatorio o "preembrión", como intencionadamente lo llaman algunos autores, "no es un ser inerte. Su movimiento se rige por una finalidad intrínseca y por una fuerte comunicación bioquímica con la madre. Tiene también una de las propiedades del ser vivo organizado: la relación que conlleva identidad y sin la cual es imposible el diálogo"⁷²⁶.

e.1.4) Si bien los embriones tempranos tienen la posibilidad de formar quimeras o de sufrir procesos de gemelación, a causa de la totipotencialidad inicial de sus células, es decir, capacidad de formar un individuo completo y viable a partir de las células (blastómeros) que lo componen, estos procesos son, definitivamente, muy escasos y no alteran la calidad de individual del cigoto, pues corresponden a un "fenómeno regulativo no patológico, sino una adaptación al medio, una propiedad que mantiene el embrión de reproducirse asexualmente y que manifiesta la tendencia a la perpetuación de la especie ante circunstancias que alteren el embrión y liberen parte de sus células"⁷²⁷.

De este modo, si nos limitamos al estudio de la especie humana como tal, sin duda que llegamos a la conclusión de que estamos en presencia de un individuo de nuestra especie desde el momento de la fecundación.

Teniendo tal premisa a la vista, dirijámonos al inciso 2° de la norma en estudio, el que establece, expresamente, que "la ley protege la vida del que está por nacer", declaración plenamente compatible con la protección constitucional que nuestro ordenamiento jurídico brinda a la persona, desde que es concebida y hasta su muerte e, implica claramente, la contraposición con la Carta Fundamental de la figura del *aborto provocado*.

Sobre la relación que existe entre la protección de la vida del que está por nacer y la figura del aborto provocado, revisemos primeramente algunos aspectos conceptuales.

e.2) Inconveniencia de aplicar al no nacido el concepto de persona del Código Civil chileno

Dispone el artículo 74 del Código Civil:

"La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de la madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás".

La norma antes transcrita determina que, en Chile, el inicio de la personalidad legal está marcado por el nacimiento, el que para constituir principio de existencia requiere⁷²⁸:

i) *Que el niño sea separado de su madre.* Desprendimiento que puede ser natural o artificial.

ii) *Que la separación sea completa.* Respecto de qué significa esta separación, existen diferentes interpretaciones:

Para algunos autores, ello significa que no exista ningún vínculo entre madre e hijo ni siquiera el cordón umbilical, argumentando que "el tenor literal de la disposición en estudio revela que el legislador habla de una separación material entre la madre y el hijo, y a esta separación *nada debe faltar* para que se estime *completa*, ya que ese es el significado que da el Diccionario de la Lengua a esta última palabra; si el cordón permanece uniendo el hijo al cuerpo de la madre, faltaría el seccionamiento de este lazo para reputar completa la separación. La separación completa que menciona el Código es, pues, una separación total material y no la separación fisiológica que no implica el corte del cordón umbilical"⁷²⁹.

⁷²⁶ Blázquez, Niceto: Op. cit., p. 33.

⁷²⁷ *Ibidem*.

⁷²⁸ Alessandri, Arturo y otro: *I Derecho Civil Parte Preliminar* (Santiago, Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda. 1990, 5ª edición), p. 341.

⁷²⁹ *Ibidem*, p. 342.

Para otros, la frase antedicha implica que la criatura salga en su totalidad del seno materno, sin reparar en el corte del cordón umbilical, apoyándose en los siguientes argumentos: 1) "La integridad del cordón no significa propiamente unión de los dos cuerpos, pues dicho lazo es un anexo que no pertenece al cuerpo del niño ni al de la madre; 2) Si el individuo no comenzara a existir sino después de practicada la operación a que se alude, resultaría que el nacimiento no sería un acto puramente natural, sino que en muchos casos esencialmente artificial; 3) Los padres podrían decidir a voluntad el principio de la existencia de la persona"⁷³⁰, y 4) "La ciencia médica ha demostrado que la vida independiente de la criatura no depende del corte del cordón umbilical o de la expulsión de la placenta, sino de fenómenos naturales perfectamente demostrables. De esta manera, encontrándose la criatura fuera de la matriz y dando señales de vida independiente, y no un mero impulso vital de la madre, debe ser persona, aun cuando formalmente no haya sido cortado el cordón o expulsada la placenta"⁷³¹.

Nuestra jurisprudencia también se ha referido a este tema, señalando en *Contra Inés Riquelme Riquelme y Otros*⁷³² que si bien "el Código Penal no define el aborto, y aunque el empleo de dicho término está ligado a la idea de separación del feto de la madre, en opinión de muchos tratadistas de Derecho Penal y de Medicina Legal tiene un alcance más amplio, cual es el de comprender "toda maniobra destinada a interrumpir el embarazo impidiendo que él llegue a su término natural, cual es el nacimiento del producto de la concepción". Lo que sería más conforme al espíritu de la ley, por cuanto lo que se pretende proteger "es la vida del que está por nacer" y para este fin no tiene importancia que el feto se haya desprendido o no del cuerpo de la madre, siendo lo esencial que se le haya privado de la vida, dentro o fuera del vientre materno: esto coincide con el sentido natural y obvio que en el uso general tiene la expresión "aborto"⁷³³. Mismo punto de vista se manifiesta en *Contra Teresa Riveros y Otras*⁷³⁴.

iii) *Que la criatura haya sobrevivido a la separación un momento siquiera.*

Para ser persona es suficiente vivir la fracción más insignificante de tiempo. Basta un destello de vida. Basta el más mínimo destello de vida, por cuanto se reputa no haber existido jamás, la criatura que muere en el vientre materno o que no sobrevive a la separación un momento siquiera (artículo 74, inciso 2° Código Civil). El legislador considera nacida a la criatura que vive independientemente de su madre, es decir, que "haya tenido, aunque sea un instante, vida propia y no una mera prolongación del impulso vital recibido de la madre"⁷³⁵.

Es así como nuestra legislación sustenta la doctrina jurídica de la *vitalidad*, es decir, que, para ser persona, es necesario nacer vivo, siendo irrelevante el tiempo de gestación de la criatura. Es así como el artículo 74 del Código Civil señala que "la existencia de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre" y agrega, reconociendo la existencia natural, que "la criatura que muere..."⁷³⁶.

"Para nuestro derecho positivo resulta un hecho indudable que la vida humana comienza con la concepción ("momento en que se unen las células masculina y femenina y llega hasta el nacimiento, que marca el principio de la personalidad legal"⁷³⁷) y en consideración a este principio, protege la vida y los intereses del que está por nacer. Protege su vida que existe y hace igual cosa con sus intereses, teniendo en vista su eventual personalidad futura"⁷³⁸.

⁷³⁰ *Ibidem*, p. 342.

⁷³¹ Lyon Puelma, Alberto: *Teoría de la Personalidad* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1993, 1ª edición), p. 41.

⁷³² CS 1955, RDJ LII, 4-74.

⁷³³ Etcheberry, Alfredo: *II El Derecho Penal en la jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1987, 1ª edición), p. 346.

⁷³⁴ *Ibidem*, p. 346.

⁷³⁵ Lyon Puelma, Alberto: *Teoría de la Personalidad* (citado), p. 42.

⁷³⁶ Alessandri, Arturo y otro: *I Derecho Civil Parte Preliminar* (citado), p. 341.

⁷³⁷ *Ibidem*.

⁷³⁸ Lyon Puelma, Alberto: *Teoría de la Personalidad* (citado), p. 40.

En qué consiste la protección de la vida del que está por nacer de acuerdo a la normativa civil⁷³⁹.

- "a) El juez debe tomar, a petición de cualquier 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 (artículo 75/ inciso 1°).
- "b) Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida y la salud de la criatura que tiene en su seno, debe diferirse hasta después del nacimiento (artículo 75 inciso 2°).
- "c) El Código Penal castiga al que "maliciosamente causare aborto" (artículos 342 y siguientes).
- "d) Prohibición de ejecutar y aun de notificar la pena de muerte cuando se trata de una mujer encinta, hasta cuarenta días después del alumbramiento (artículo 85 del Código Penal, aplicable mientras rige la pena de muerte).

"La legislación reconoce derechos a favor del que está por nacer y su condición de titular de los mismos podrá reputarse 'no haber existido jamás' para los efectos civiles, pero no afecta a su realidad para el Derecho Penal"⁷⁴⁰; es así como haciendo referencia al caso del aborto podemos señalar que existe acuerdo en la doctrina en cuanto a que el bien jurídico que se busca proteger con su sanción es la vida del que está por nacer. "Por lo tanto, se trata de un delito contra la vida, aunque el producto de la concepción carezca aún de personalidad, en el concepto jurídico de la expresión"⁷⁴¹.

"La idea fundamental en el aborto es la posible equiparación del *nasciturus* —desde el momento de la concepción hasta su nacimiento— con el ser ya nacido ("El embrión es reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como una persona"⁷⁴²). Si se estima que no corresponde diferenciar uno y otro, implícitamente se estaría aceptando, a su vez, que el nacimiento del ser humano carecería de trascendencia jurídico-penal, el *nasciturus* y la *persona* estarían equiparados en ese plano"⁷⁴³.

Lo que se protege con este delito es la *vida en gestación* y "si bien la noción de *vida* es una, tratándose de la del ser humano se hace distinción entre *vida plena* (o autónoma o independiente) y *vida incipiente* (o dependiente o en formación) y cuando se hace referencia a la intensidad del amparo se alude a la clase de protección que se otorga a una y otra. Desde una perspectiva ontológica puede que, por la sola circunstancia de tratarse de vida, no corresponda hacer distinción entre ambas alternativas, pero no sucede otro tanto en el aspecto jurídico"⁷⁴⁴.

En nuestra legislación, en todo caso, siempre la vida dependiente ha sido protegida con menor intensidad que la plena. Como es el caso de las sanciones que conlleva el aborto y el homicidio. Por otra parte, "se acepta generalmente que no se reprima la omisión como medio de ejecución del aborto ni el atentado culposo, alternativas que sí son consideradas en el homicidio"⁷⁴⁵. Por esta causa, el apoyo civil que se da a la protección del niño por nacer es muy inferior a la plenitud que del texto constitucional sí puede consagrarse a su respecto.

Nos parece necesario ilustrar la situación existente en España, respecto de este tema, la que resulta de utilidad comparar con la situación chilena. Es mayoría la posición que considera la vida del embrión como de menor valor que la de un hombre ya nacido, fundamentándose principalmente en el artículo 15 de la Constitución de 1978 que señala: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni penas o tratos inhumanos o degradantes".

⁷³⁹ Alessandri, Arturo y otro: I *Derecho Civil. Parte Preliminar* (citado), p. 345.

⁷⁴⁰ Politoff, Sergio: *Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1971), p. 139.

⁷⁴¹ Garrido Montt, Mario: III *Derecho Penal Especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, 1ª edición), p. 97.

⁷⁴² Zapata Larraín, Patricio: "Persona y embrión humano: Nuevos problemas legales y su solución en el derecho chileno" en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 15, N° 2 y 3, mayo-diciembre 1998 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998), p. 382.

⁷⁴³ Garrido Montt, Mario: III *Derecho Penal Especial* (citado), p. 97.

⁷⁴⁴ Ídem, p. 99.

⁷⁴⁵ Ídem, p. 100.

Es así como Rodríguez Mourullo manifiesta que "todos" del artículo 15° de la Constitución no obliga a entender que el texto se refiere expresamente a la vida del feto. Pero aunque así fuere, no supone la necesidad de conceder el mismo valor e idéntico tratamiento penal a la vida del feto y a la del hombre. El menor valor atribuido a la vida del feto autoriza la ampliación de las excepciones; por ello el sistema de indicaciones no resulta incompatible con el artículo 15° de la Constitución"⁷⁴⁶.

Con motivo de esto comentamos un fallo del Tribunal Constitucional Español⁷⁴⁷ de 1985, mediante el cual se deroga un proyecto de ley presentado por el gobierno, por no proteger suficientemente la vida del que está por nacer. Este fallo "deja implícito, pero claro, que el aborto electivo (es decir, pedido, libre) no es constitucional, y también que hay un deber por parte del Estado social de proteger al feto. Pero, nótese bien, no lo hace, porque él 'encarna' el 'valor' central constitucional de la vida humana (...) el Tribunal aclara que la protección del feto tiene que ser uno de los fines más importantes de los esfuerzos comunitarios del Estado Social"⁷⁴⁸.

El Tribunal argumenta que la vida no es sólo un valor, sino que es un 'valor superior' (fundamento jurídico 3), un 'valor fundamental' (fj5), y un 'valor central' (fj9)⁷⁴⁹. Por lo que la protección que le corresponde dar al Estado comprendería las obligaciones de abstenerse de interrumpir el proceso natural de gestación y establecer un sistema legal para defensa de la vida.⁷⁵⁰

e.3) El delito de aborto en el ordenamiento jurídico chileno

Cuando hablamos de aborto nos referimos a toda situación que importe la interrupción del embarazo antes del estado de viabilidad fetal, ya sea que se produzca por medios artificiales o naturales. De tal definición, es posible extraer que existen dos modos de aborto: provocado y espontáneo.

El aborto provocado cumple con la definición precedente y ha de agregarse como requisito adicional la existencia de dolo específico o malicia en la maniobra abortiva, lo que se traduce en la intención de dar muerte al ser en gestación. 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.

En atención a lo señalado precedentemente, no hay aborto provocado cuando el embarazo se interrumpe para evitar que el niño muera ni cuando una persona realiza una acción que provoca un aborto, sin que esa sea su intención.

Hasta la dictación de la Carta Fundamental de 1980, sin embargo, la figura del aborto se veía como un tema exclusivamente penal y presentaba ciertas dificultades, ya que el tipo se halla incluido hasta hoy en el epígrafe de los delitos que resultan *atentados contra el orden de las familias* y no en el grupo de los delitos contra las personas, todo lo cual —una vez más y en combinación con lo ya explicado sobre la legislación civil— hacía pensar que la ley chilena no consideraba persona al no nacido.

⁷⁴⁶ Rodríguez Mourullo, Gonzalo: *Derecho a la vida en la despenalización del aborto* (Barcelona, 1983), p. 98, citado en Castañeda Quezada, Patricia: *El delito de aborto frente a la jurisprudencia a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1980* (Valparaíso, Tesis Universidad Católica de Valparaíso, 1998), p. 26.

⁷⁴⁷ STC 53/1985 de 11 de abril (BOE 119-10: BJC 49-19854-515) en Stith, Richard: "El feto en la jurisprudencia constitucional occidental" en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 16, N° 2, julio-agosto 1989 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1989), p. 369.

⁷⁴⁸ Ídem, p. 369.

⁷⁴⁹ Ídem.

⁷⁵⁰ Esta postura del Tribunal Constitucional español ha variado, de hecho en el auto 90/2010 de 14 de Julio de 2010 el Tribunal deniega la suspensión de diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo solicitada en el recurso de inconstitucionalidad 4523-2010, promovido por setenta y un Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso. A diferencia de esa instancia, el Tribunal Constitucional chileno sigue afirmando la protección del que está por nacer (ver sentencia sobre Píldora del Día después, Rol- 740-2007, fallo de 18/04/08).

do, por más que protegiera su vida como derivado de la protección del orden familiar⁷⁵¹, lo que motivó, incluso, la dictación de fallos jurídicamente aberrantes⁷⁵² por no quedar en claro para algunos sentenciadores la calidad de persona del individuo de la especie humana desde que es concebido.

e.3.1) Importancia de la dictación de la Carta de 1980 en la condena al aborto

Una vez que se trata por parte de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución el tema de la vida surge como consecuencia natural la condena al aborto. El mismo sentido fue el que comprendió Jaime Guzmán y por ello sostuvo que "el derecho a la vida evidentemente excluye y hace ilícito el aborto"⁷⁵³.

Bajo la misma orientación se enmarca la reflexión de Alejandro Silva Bascuñán, quien indica que "en el caso de quien está por nacer, siendo un bien enorme para la humanidad y para él el principio de la existencia, cómo se puede, sin ningún acto reflexivo de esa persona que va a sacrificar su vida o que no va a llegar a ella, supeditar y poner casos en los cuales se conciba que se quite un derecho a quien no ha tenido oportunidad de defenderse o que no ha tenido oportunidad de realizar ningún acto"⁷⁵⁴.

La postura sostenida por estos comisionados resulta compatible, en efecto, con lo ya explicado acerca del concepto constitucional de persona: "Una coherente argumentación a favor de la defensa legal del no nacido depende de su reconocimiento como persona humana y, por tanto, dotado de un correspondiente derecho a la vida"⁷⁵⁵, fundamentándose tal aseveración en que "presupuesto fundamental para una defensa legal de la vida de los no nacidos en un estado constitucional es el reconocimiento del hecho de que el no nacido, tanto en estado embrional como fetal —y en forma análoga el disminuido físico o mental, así como la persona en coma irreversible— sea considerado ante la ley como un ser humano, como cualquier otro humano vivo ya nacido"⁷⁵⁶.

Esta frase es emblemática, porque con ella la Constitución está considerando que la vida se inicia en el momento de la concepción del ser humano. Coherentes con este sentir resultaron las indicaciones de Enrique Ortúzar, al señalar que "es evidente que el ser humano tiene cierta existencia aun 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 reconoce que existe un principio de persona antes del nacimiento y por eso la protege"⁷⁵⁷.

El Constituyente incluyó ese inciso para recalcar que el aborto es un delito y un atentado contra la Constitución. Sin embargo, al redactarlo en cuanto a que es la ley la que protege la vida del que está por nacer, se estimó —por otra parte de los comisionados intervinientes en el debate— que ello justificaba la existencia de ciertas excepciones precisamente contempladas por esta, como es el caso del aborto terapéutico⁷⁵⁸.

Al efecto, transcribamos algunas de las opiniones vertidas por los comisionados en la materia:

"Para el señor Guzmán el hecho de consagrar el derecho a la vida conllevaba evidentemente la exclusión del aborto⁷⁵⁹ (al que rechaza en razón de la dignidad del hombre y que considera igual de ilegítimo que el homicidio), por lo que necesariamente debía condenarse. Y en cuanto a la consignación de protecciones al hijo que está por nacer, en un principio opinó que estos deberían considerarse en los derechos de protección social, por cuanto protegen más a la madre que a la criatura, pero más tarde adhirió a la iniciativa tendiente a su consagración constitucional"⁷⁶⁰.

A juicio del señor Evans, "el derecho a la vida implica considerar la posibilidad de entregarle categóricamente a la ley la protección de los derechos de los que están por nacer, e implica, también, la protección de la vida del que nace con una tara o con alguna deformidad. El derecho a la vida elimina la posibilidad de la eugenesia y de la eutanasia, vale decir, de la muerte piadosa del enfermo"⁷⁶¹.

A juicio del señor Silva Bascuñán el derecho a la vida tendría gran relación "con los problemas relativos al derecho del que está por llegar a la vida, porque es el mismo valor, de la misma naturaleza, pero en una distinta etapa del mismo bien"⁷⁶². Y manifestando su rechazo al aborto señaló que "en el caso del que está por nacer, siendo un bien enorme para la humanidad y para él el principio de la existencia, cómo se puede, sin ningún acto reflexivo de esa persona que va a sacrificar su vida o que no va a llegar a ella, supeditar y poner casos en los cuales se conciba que se quite un derecho a quien no ha tenido oportunidad de defenderse o que no ha tenido oportunidad de realizar ningún acto (...) ¿cómo la colectividad se atreve a autorizar la imposibilidad de existir de una persona que puede ser ocasión de tanto bien a la familia y a la humanidad, aun cuando ella sea el producto de un hecho delictual?"⁷⁶³.

"En opinión del señor Ovalle, el aborto no era materia constitucional, sino que debiese ser tratado en la legislación penal, aun cuando se condenase indirectamente al consagrar el derecho a la vida. Y si bien no era partidario de él, lo justificaba en ciertas circunstancias determinadas, como es el caso de una violación"⁷⁶⁴.

En opinión del señor Guzmán, la naturaleza del aborto sí tendría rango constitucional complementario o aclaratorio del derecho a la vida. "Cree que al discutirse una ley acerca del aborto necesariamente se podría invocar con razón de que esa ley puede estar constreñida por el texto constitucional que consagra el derecho a la vida, y vendría entonces una discusión sumamente engorrosa de interpretación acerca de si la consagración del derecho a la vida permite o no permite la dictación de una ley que pueda permitir el aborto en determinadas circunstancias (...) "⁷⁶⁵.

Los criterios sustentados por el señor Guzmán fueron compartidos por el señor Evans, estimando que, si se iba a consagrar el derecho a la vida, también debía hacerse otro tanto con el del que está por nacer (formulando la proposición de recoger lo establecido en el artículo 75 del Código Civil, el que señala que "la ley protege la vida del que está por nacer" y trasladarlo al texto constitucional), pero dejando abierta la posibilidad de que el legislador, en el futuro, actúe con cierta flexibilidad⁷⁶⁶.

El señor Ovalle apoyó la consagración de la protección de la vida del que está por nacer. Sin embargo, señaló que consideraba que era una situación distinta el juego de derechos que concurre cuando está comprometida la vida de la madre y la del hijo o la salud de ella y la existencia de él, o cuando confluye la dignidad de la madre o familia. Por lo que considera que entran a participar socialmente diversos valores. Aclara que "no se trata de que no se respete el derecho a la vida del que está por nacer. Es que la vida, derecho del que está por nacer, está en juego con la salud, la dignidad, la vida

⁷⁵¹ "Podría estimarse que el derecho a la vida está vinculado a la persona humana desde que inicia su evolución como germen en el seno de su madre, mas como ante la ley no hay persona mientras no se realice el nacimiento, no siendo sino desde entonces sujeto de derechos, algunos han dicho que no es el germen o embrión el que tiene derecho a su vida; sería la sociedad la que tendría derecho (nosotros diríamos deber u obligación) a exigir que la nueva criatura cumpla su destino": Maruñquez Bustos, Edmundo: *Protección penal de la vida humana en su primer etapa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963), p. 11.

⁷⁵² Vid. caso de Rogelia Maldonado (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1935), en el cual la procesada fue absuelta por dar muerte a su hijo durante el nacimiento y antes que estuviera separado de ella, y la sentenciadora consideró que no se trataba de aborto, pues no se había provocado la expulsión del feto antes del término natural de la preñez ni se trataba de infanticidio, pues el niño no se había separado aun de su madre, "punto inicial de la existencia de las personas, como lo expresa el artículo 74 del Código Civil" (*Gaceta de los Tribunales* 1935-2, 123-414).

⁷⁵³ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión N° 84, p. 13.

⁷⁵⁴ Ídem, sesión N° 87, p. 13.

⁷⁵⁵ Rhonheimer, Martín: *Derecho a la vida y Estado Moderno* (Madrid, Ediciones Rialp S.A., 1998), p. 71.

⁷⁵⁶ Ídem, p. 75.

⁷⁵⁷ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión N° 89, p. 18.

⁷⁵⁸ "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... en el primer caso, se trata de consagrar en forma absoluta el derecho a la vida, y en el segundo, el legislador se reserva cierta flexibilidad en determinados casos como, por ejemplo, el aborto terapéutico": citado en Fries, Lorena y Matus, Verónica: *El derecho. Trama y conjuras patriarcal* (Santiago, LOM Ediciones/La Morada, 1999), p. 188.

⁷⁵⁹ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión n° 84, p. 13.

⁷⁶⁰ Ídem, sesión N° 87, p. 11.

⁷⁶¹ Ídem, sesión N° 89, p. 9.

⁷⁶² Ídem, sesión N° 87, p. 11.

⁷⁶³ Ídem, p. 13.

⁷⁶⁴ Ídem.

⁷⁶⁵ Ídem, p. 19.

⁷⁶⁶ Ídem, p. 14.

y la existencia de un matrimonio, en fin, con muchos valores que entran en pugna. Entonces el legislador no desconoce ese derecho a la vida, sino que tiene, por el contrario, que resolver esa confluencia de derechos y cuáles son, en su conjunto, más dignos de protección desde el punto de vista que le interesa al legislador, que es la comunidad que él representa⁷⁶⁷.

En cuanto a este tema, el señor Ortúzar señaló que era difícil desprenderse de las convicciones religiosas y que concebía perfectamente la idea de que una persona, en conciencia, justifique plenamente el aborto y que, desde el punto de vista religioso, lo considerase inadmisibles e inaceptables. A consecuencia de esto, acepta el aborto terapéutico en casos calificados, dando como ejemplo el que se trate de salvar la vida de la madre⁷⁶⁸.

Por su parte, el señor Guzmán rebatió estos argumentos, señalando que "respecto de la madre y del hijo no se trata de dos derechos que estén en pugna, porque se trata de que se tenga que escoger entre matar a la madre o al hijo, porque sólo se trata del posible homicidio del hijo: la madre moriría como consecuencia de elementos naturales (...). Se trata de que hay un derecho que será afectado por tratar de preservar no un derecho, sino que un deseo afectivamente comprensible"⁷⁶⁹.

Por su parte, el comisionado Silva Bascuñán divergió de la opinión del Presidente de la Comisión, ya que "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 (...). 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"⁷⁷⁰.

En cuanto a esto, opinó el señor Guzmán 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"⁷⁷¹.

El señor Ortúzar considera que el silencio significa que no se condena el aborto terapéutico, ya que lo que 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. Y "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 lo contrario, lo hace condenable, es evidente que deberá ser sancionado por el Código Penal"⁷⁷².

Luego señaló, resumiendo, "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"⁷⁷³.

⁷⁶⁷ Ídem, p. 20.

⁷⁶⁸ Ídem, p. 21.

⁷⁶⁹ Ídem, p. 23.

⁷⁷⁰ Ídem, sesión N° 90, p. 15.

⁷⁷¹ Íbidem.

⁷⁷² Ídem, p. 16.

⁷⁷³ Íbidem.

El señor Evans hizo presente que el legislador penal podría tener una posición de apertura o comprensión diferente respecto del aborto común. Y "añade que él también ha entendido que esa expresión implicaba darle al legislador, en materia penal, la posibilidad de dejar marginada 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 hacerse 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"⁷⁷⁴.

Y a continuación manifestó sus dudas acerca de si convendría emplear los términos señalados, por cuanto se pregunta si, al consagrar el derecho a la vida y a continuación se prescribe la protección de la vida del que está por nacer, la ley no estaría protegiendo la vida de otros como los nacidos deformes o con taras.⁷⁷⁵

Ante estas observaciones, el señor Ortúzar señaló que la vida del que nace defectuoso, irrecuperable, etc., no queda desprotegida por el hecho de que se proteja la vida del que está por nacer, por cuanto estima que estos se encuentran ya protegidos por el derecho a la vida.

Luego se pregunta, ante las dudas manifestadas acerca de consagrar o no la protección de la vida del que está por nacer, "si al consagrar el derecho a la vida, sin expresar nada de la vida del que está por nacer, se está también consagrandose 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 aun 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 reconoce que existe un principio de persona antes del nacimiento y por eso lo protege"⁷⁷⁶.

A juicio del señor Silva Bascuñán, "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 condenación implícita de todo abuso del legislador, si se coloca esa frase que si no se incluye"⁷⁷⁷. Así, se manifestó como un ardiente partidario de mantener esa frase, por cuanto permitiría que el legislador tomara una postura defensora de la vida y desde todo punto de vista contraría al aborto⁷⁷⁸.

Por su parte, el señor Evans manifestó que daría su conformidad en la conservación de la frase recién aludida por 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"⁷⁷⁹.

A juicio del señor Ovalle, la disposición relativa a que la ley protegerá la vida del que está por nacer no implicaba la idea de que el constituyente pudiese olvidarse del derecho a la vida de los que ya existen, puesto que ello está consagrado en el inciso anterior.

Y agregó que esta norma goza de flexibilidad, pero más amplia que la entendida por los señores Bascuñán y Evans, a saber, que "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

⁷⁷⁴ Ídem, p. 15.

⁷⁷⁵ Ídem, p. 16.

⁷⁷⁶ Ídem, p. 17.

⁷⁷⁷ Ídem, p. 18.

⁷⁷⁸ Ídem, p. 20.

⁷⁷⁹ Ídem, p. 18.

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 restringida⁷⁸⁰.

El señor Ovalle expresó que no sólo era partidario del aborto terapéutico, sino que de otros casos más, igualmente justificables para él, pero estimó 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 tenga, puedan justificar un aborto(...)"⁷⁸¹.

En razón de estos planteamientos, el señor Ortúzar señaló que "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 razón de no atreverse a afirmar que es la única forma), en que, en realidad, se estime que puedan no ser constitutivos de delitos"⁷⁸².

Y se acordó por los miembros de la Comisión el dejar constancia de las observaciones formuladas por los señores Silva Bascuñán y Evans, sin perjuicio de las opiniones particulares⁷⁸³.

Hemos hecho esta larga transcripción de Actas⁷⁸⁴, fundamentalmente, con los objetivos de desmitificar las pretensiones de algún sector de la doctrina, en el sentido que el Constituyente de 1980 no habría llegado a acuerdo respecto de la penalización del aborto y de la protección de la vida del que está por nacer. La verdad, sin embargo, es que la totalidad del contexto y de los valores, una y otra vez citados a propósito de la creación de la Carta de 1980, son meridianamente claros en cuanto a que para la Constitución la vida es tan valiosa, defendible y digna, cuando se trata de una criatura en gestación como cuando estamos en presencia de un ser humano ya nacido y, si bien los comisionados esgrimieron opiniones diversas respecto de las situaciones excepcionales cuya despenalización podía considerarse posible, jamás estimaron como una instancia legal la figura del aborto y menos que el niño por nacer no fuera digno de protección constitucional en términos amplios y equiparables al nacido.

La mayor diferencia de criterio entre los autores de la Carta Fundamental se presentó frente a la situación del llamado aborto terapéutico, razón por la que hemos estimado de utilidad referimos especialmente a dicha figura.

e.4) La figura del "aborto terapéutico"

El artículo único de la Ley N° 18.826, de 15 de septiembre de 1989, reemplazó el artículo 119 del Código Sanitario chileno, que permitía la realización de los llamados "abortos terapéuticos", por una norma que expresa: "No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto".

La realidad es que, mientras esta norma estuvo vigente, su práctica fue muy alejada del objetivo anteriormente señalado, pues se lo usó normalmente con fines eugenésicos y, por ello, se consideró que la existencia de la norma permitía la realización encubierta de otros fines, diversos a su inicial intención y fue derogada, considerando la protección expresa que la Constitución hace de la vida humana.

⁷⁸⁰ Ibidem.

⁷⁸¹ Ibidem.

⁷⁸² Ídem, p. 19.

⁷⁸³ Ídem, p. 20.

⁷⁸⁴ Cuya cuidada recopilación y selección agradezco a la abogada señorita Nazhla Abad, efectuada durante su desempeño como ayudante de investigación del Centro de Estudios Jurídicos Avanzados de la Pontificia Universidad Católica de Chile, para un artículo especialmente dedicado a la protección constitucional de la vida del que está por nacer, aún inédito.

e.4.1) El concepto de "aborto terapéutico"

La idea de *aborto terapéutico* implica que la interrupción provocada del embarazo a la que hacemos mención esté dotada de un propósito específico, el que consiste en proteger, ya sea la vida o la salud de la madre, la que se ve en peligro como consecuencia del embarazo: "El aborto terapéutico consiste en la destrucción y expulsión del feto con la específica finalidad de salvar la vida de la madre o evitar graves riesgos para la salud"⁷⁸⁵.

En consecuencia, esta figura puede ser estudiada en dos sentidos: en un sentido estricto, el aborto terapéutico es el que se practica cuando el embarazo está poniendo en peligro grave la vida de la madre y, en un sentido amplio, se habla de aborto terapéutico, al realizarlo por la sola puesta en peligro de la salud de la gestante.

Este último tipo de aborto se excluirá de plano en nuestro estudio, puesto que "salud" es un término demasiado amplio que englobaría un sinnúmero de posibles justificaciones para la realización de un aborto. Incluso, si tenemos presente la definición de "salud" dada por la Organización Mundial de la Salud, podríamos llegar a calificar de terapéutico el aborto que se practique por problemas mentales de la madre y no sólo físicos: "También es posible la indicación (de aborto terapéutico) por razones de enfermedad mental grave, aunque a veces se ha exagerado la misma, por su difícil comprobación, utilizándola para encubrir otro tipo de motivaciones"⁷⁸⁶ o el que se prescriba, porque el embarazo cause en ella estados de angustia, depresión o cualquier atentado contra su bienestar.

Pese a la aclaración anterior, cabe hacer notar que las palabras *aborto terapéutico* resultan ser, si se examinan con detención, claramente incompatibles, toda vez que la idea de aborto provocado implica siempre la supresión intencionada de la vida del que está por nacer y mal puede entenderse que tal acción pueda ser, de forma alguna, una terapéutica o tratamiento⁷⁸⁷.

Para subsanar esa contradicción entre los dos términos, se suele distinguir entre *aborto terapéutico directo e indirecto*, teniendo presente que "con relación al peligro de la existencia de la madre o de gravísimas complicaciones permanentes, la doctrina moral católica recuerda que no se puede eliminar directamente una vida (sea la del hijo o la de la madre), incluso, para salvar otra vida, porque ningún fin bueno justifica el homicidio de una persona inocente. Por tanto, el aborto *directo*, aunque sea terapéutico, es moralmente un crimen"⁷⁸⁸ y, sin duda, no estaría justificado que se le diera ese nombre, sino simplemente el de *aborto*.

Sin embargo, es lícita cualquier intervención curativa sobre el cuerpo de la madre que se juzgue inaplazable y eficaz, aunque luego provocase la consecuencia de un aborto. Es el llamado *aborto terapéutico indirecto* (como en el caso de un tumor, en que se puede eliminar el útero, aunque esté en gestación), al que consideramos más adecuado llamar *terapia a la madre con resultado de aborto indirecto*. Así, en el caso del embarazo ectópico, puede tener intervención en la trompa en estado patológico, provocando el aborto⁷⁸⁹.

En esta última figura no se verifica el ilícito del aborto provocado, que es sancionado por la ley penal, toda vez que el aborto resulta un efecto indirecto de la terapia utilizada y no media dolo o malicia en su provocación, como en el caso anterior y tampoco se la estima por importantes sectores de la doctrina, como éticamente reprobable: "Se considera lícito—moralmente lícito—realizar todos los

⁷⁸⁵ Romeo Casabona, Carlos María: *I El Médico y el Derecho Penal. La actividad curativa* (Barcelona, Bosch, 1981), p. 185.

⁷⁸⁶ Ídem, pp. 185-186.

⁷⁸⁷ Vid. de la autora, "Aspectos jurídicos del llamado "aborto terapéutico" en Chile" en *Ars Médica* Vol. 4, N° 6 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2002) pp. 155-179.

⁷⁸⁸ Davanzo, G.: *Diccionario Enciclopédico de Teología Moral* (Madrid, Paulinas, 1978), pp. 15-16, citado en Precht Pizarro, Jorge: "Consideraciones ético-jurídicas sobre el aborto terapéutico" en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 19, N° 3, 1992 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1992), pp. 511-512.

⁷⁸⁹ Ibidem.

actos que tiendan a asegurar la vida de la madre, admitiendo, ya en este caso, desde el punto de vista moral que, indirectamente, como efecto secundario no deseado, se cause la interrupción del embarazo (*principio del doble efecto*)⁷⁹⁰.

La aplicación de tal doctrina al caso que nos ocupa decididamente descarta la validación del "aborto terapéutico directo" y permite su utilización en el caso de terapia a la madre con resultado de aborto indirecto: "...este principio en nuestros días se ha invocado para resolver problemas tales como los planteados por embarazos anormales. Por ejemplo, el embarazo que se desarrolla al mismo tiempo que un cáncer de útero. La intervención quirúrgica con fin terapéutico tiene dos efectos: un efecto bueno, librar a la madre de un tumor canceroso, que corre el riesgo de generalizarse y acarrear la muerte, y un efecto malo: extraer el feto envuelto en el tumor uterino; es decir, llevar a cabo un aborto. Los dos efectos son independientes entre sí: no es la muerte del feto lo que salva la vida de la madre. Entre ambos hay una separación en virtud de la existencia de un tercer factor: el cáncer por eliminar. Por lo demás, hay proporción entre los efectos: la muerte del feto y la vida de la madre. Este supuesto es totalmente distinto del llamado *aborto terapéutico* que considera al feto un agresor de la vida de la madre. Este nunca es lícito: ni la vida de la madre ni la del hijo pueden ser sometidas a un acto de directa destrucción. Hay que hacer lo posible por salvar la vida de la madre y la del hijo"⁷⁹¹.

e.4.2) Significados de reponer la figura del llamado "aborto terapéutico" en la legislación chilena

En nuestro país, algunos sectores han expresado su interés en reponer la figura del aborto terapéutico en el Código Sanitario, a través de varias y sucesivas iniciativas legislativas, así la moción de 23 de enero de 2003 -boletín N° 3197-11, y la de 19 de Marzo de 2009⁷⁹² en esta última los diputados señores De Urresti, Escobar, Espinosa, Farías, Jiménez, Monsalve, Núñez, Quintana, Rossi y Sule presentaron en la H. Cámara de Diputados el Proyecto de Ley contenido en el Boletín N° 6420-11 titulado "Modifica el artículo 119 del Código Sanitario para permitir la interrupción médica del embarazo en caso de riesgo de la madre", el cual, citando algunas normas nacionales y comparadas, propone escuetamente reemplazar el texto del artículo 119 del actual Código Sanitario, por el siguiente: "Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos cirujanos."

La modificación propuesta no es más que reflotar la redacción original del artículo 119 del Código Sanitario, antes de su reforma en 1989, como veremos.

Por su parte, el 13 de Mayo de 2009, el Senador Camilo Escalona presentó en el H. Senado de la República el Proyecto de Ley contenido en el Boletín N° 6522-11 titulado "Sobre interrupción terapéutica del embarazo", el cual considera entre sus fundamentos a los siguientes:

"...Creemos que el estado de la ciencia médica permite afirmar que la vida humana comienza con el feto, cuyos derechos se encuentran suspendidos de goce y ejercicio hasta su nacimiento, no dependiendo de la acción de un tercero que dicho acontecimiento suceda. La inviolabilidad del derecho a la vida, incluyendo la del que se presume nacerá es el antecedente que habilita el repudio penal de la interrupción injustificada del embarazo"⁷⁹³.

"Una interpretación armónica de los instrumentos internacionales sobre protección de derechos, exige que la materialización del derecho de la mujer a Vivir una Vida Libre de Violencia, importe necesariamente el respeto a su vida y, en consecuencia, a no ser obligada a la continuación de un embarazo que la pone en peligro inminente".

⁷⁹⁰ Romeo Casabona, Carlos María: Op. cit., p. 193.

⁷⁹¹ Cuervo, Fernando: *Principios morales de uso más frecuente. Con las enseñanzas de la Encíclica "Veritatis Splendor"* (Madrid, Rialp, 1995, 3ª edición), pp. 82-83.

⁷⁹² Seguir el modelo ya propuesto por ola anterior iniciativa legislativa.

⁷⁹³ Las cursivas son nuestras.

"...Resulta moralmente inaceptable que no abordemos el dilema ético que debe enfrentar la madre y el o los profesionales que la asisten durante el embarazo, cuando la continuación del mismo pone en peligro su vida. Esta cuestión no puede quedar entregada a una resolución fáctica al margen del derecho. Esta colisión de intereses morales legítimos exige normar sobre la interrupción del embarazo cuando la vida de la madre está en peligro"

"la derogación del artículo 119 del Código Sanitario⁷⁹⁴ que permitía la interrupción terapéutica del embarazo, importa condenar, sin mediar debate ni discusión a la luz de la ciencia médica, la razón y las aspiraciones morales de una sociedad, cualquier interrupción del embarazo, que no sea natural"⁷⁹⁵.

"...Deja en el desamparo la regulación que corresponde al derecho hacerse cargo, como es la colisión entre el Derecho a la Vida de la madre y los derechos del no nato, cuando la vida de la primera está en peligro; también deja sin ponderación la cuestión de la viabilidad del feto in útero o ex útero, esto es, cuando, sin mediar peligro inminente para la vida de la madre existe la certeza de la inviabilidad del feto, o bien cuando existe razonable certeza de que el no nato ha muerto y el mantenimiento en el útero materno sólo provocará de modo inexorable la muerte de la madre, sólo por mencionar aquellas cuestiones que deben ser decididas, al margen del derecho, en forma cotidiana".

"... Es en este contexto, donde es preciso que las decisiones que se adoptan cotidianamente en los hospitales y clínicas de nuestra Nación estén amparados por el derecho, estableciendo la interrupción terapéutica del embarazo, aquella destinada a resolver favor Mater la colisión entre los derechos del no nato y el peligro a la vida de la madre que el embarazo puede ocasionar..."

En virtud de las fundamentaciones transcritas, el Proyecto propone reemplazar el artículo 119 del Código Sanitario por el siguiente: "Art. 119. Se podrá interrumpir el embarazo, sólo con fines terapéuticos, mediante intervención médica, cuando esta sea documentada por dos médicos cirujanos."

No compartimos tales aprensiones, ya que la figura del aborto terapéutico no puede bajo ninguna circunstancia ser validada por el derecho, puesto que constituye efectivamente una conducta delictiva y dolosa en contra de la vida de un niño en gestación, pretendiendo justificar tal cosa en que la situación de embarazo sería agresora para la vida o la salud de su madre. En atención a que este tipo de aborto niega la condición de persona del niño por nacer y, en consecuencia, subordina su derecho a la vida y su integridad física a los de su madre no solo no tiene cabida en la legislación penal, sino que resulta incompatible con los principios de la Carta Fundamental.

"Las situaciones de grave riesgo en el embarazo son siempre conmovedoras, no sólo por el sufrimiento y temor que representan para la mujer y familia sino porque no sólo están motivadas normalmente por descuidos o negligencias, y tampoco por patologías de base o complicaciones asociadas con el proceso del embarazo mismo. Por lo injustas que nos parecen, a menudo son presentadas como parte de la casuística que justificaría despenalizar el aborto, brindando así una solución a la mujer y los suyos, evitándole morir o arriesgar que ello ocurra.

La verdad que asumir médica y terapéuticamente el embarazo de riesgo se encuentra dentro de las facultades y de los deberes del médico que los exigen el Derecho de ordinario; no hacerlo podría constituirse en una acción que alcanzaría hasta responsabilidades penales de su parte por una negligencia inexcusable o incluso por dolo manifiesto.

Ante tales circunstancias el médico aplica las medidas que la *lex artis* indica, entre las que se pueden considerar la interrupción del embarazo como última ratio, para, como es obvio, no con el propósito de privilegiar a uno de los pacientes en desmedro del otro sino procurando realizar una acción salvadora de ambos. Tal posibilidad es plenamente ajustada al Derecho vigente y no se traduce en

⁷⁹⁴ Sucedió en virtud de la Ley 18.826 de 15 de septiembre de 1989, disponiéndose en su lugar en el artículo 119 que "No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto".

⁷⁹⁵ Las cursivas son nuestras.

decisiones de conflictuación de derechos sino en la prestación médica debida a los dos pacientes que dependen del embarazo en esta situación: la madre y su hijo.⁷⁹⁶

A diferencia de ello, la aplicación de una terapia a la madre con resultado de aborto indirecto, puede ser considerada como una conducta carente de tipicidad por ausencia del dolo o, en el caso de estimarse que tales aspectos subjetivos resuden en la antijuridicidad, puede, sin lugar a dudas, calificarse como una conducta justificada por la causal de obrar en cumplimiento de un deber o del ejercicio legítimo de una profesión. Mas, no así, por la legítima defensa o por el estado de necesidad, que no compadecen con la vulneración de la vida de un niño en gestación.

De esta forma, al quedar acaparada por el derecho esta última situación, que nos parece la única compatible con la Constitución, de cara a aquellas que aparecen inmersas en el llamada "aborto terapéutico", es claro que no existe justificación o razón alguna para pretender reintroducir la figura del aborto terapéutico en Chile. Eso no sería más que la puerta de entrada para la lenta, pero persistente legalización de todo tipo de abortos y para desarrollar el más flagrante atentado contra uno de los pilares fundamentales del orden constitucional chileno, que es la vida de la persona humana.

e.5) "La píldora del día después" y el aborto constitucional

Las principales discusiones respecto a la comercialización y uso del fármaco, llamado eufemísticamente "píldora del día después", se han dado en dos planos distintos.

Por una parte, entre quienes consideran que es capaz de evitar que el óvulo fecundado se implante en el útero y quienes estiman que su efecto sólo se relaciona con imposibilitar que el óvulo sea efectivamente fecundado, lo que, sin duda, es materia de prueba con informes y experimentación científica.

Por otra parte, está la discusión que parte por suponer que sí impide la anidación o implantación del óvulo fecundado en el útero de la madre, y que se produce entre quienes lo consideran abortivo y quienes argumentan que no lo es. Esta controversia depende en definitiva de las convicciones que se tienen respecto de los inicios de la vida humana: si ella comienza en el momento de la implantación del óvulo fecundado en la capa mucosa que recubre el útero (anidación) o si ocurre con la concepción, es decir, en el instante mismo en que se produce la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide masculino.

La discusión acerca de los verdaderos efectos de la ingesta de la "píldora del día después" aún no se ha zanjado, por lo que resulta cuestionable que el Estado haya asumido una opción de política —las autoridades de salud aprobaron el uso de la píldora— cuando no existía certeza acerca de todos sus efectos.

En la segunda materia, que es un derivado de lo que se resuelva en la primera, la solución depende de determinar si la mujer, su familia o el Estado pueden aceptar o tolerar, jurídica y moralmente, la muerte de un individuo de la especie humana para evitar tener el desagrado de afrontar los resultados de una relación sexual no protegida⁷⁹⁷.

Quienes participaron en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, si bien consideraron —algunos de ellos— la inexigibilidad de continuar con un embarazo en situaciones límites, jamás avalaron la idea de que la vida del *nasciturus* fuera declinable frente a la autonomía de quienes lo engendraron o ante la decisión política de terceros⁷⁹⁸, como consta de las transcripciones de actas que se han efectuado en el epígrafe anterior.

Como respuesta a la aprobación de las autoridades de la fabricación y comercialización de la píldora, se dedujo un recurso de protección, el que por fallo de la Excelentísima Corte Suprema de 30 de agosto de 2001 fue acogido, dejando sin efecto la resolución N° 2.141, del 21 de marzo de 2001, del Instituto de Salud Pública, que concedió el Registro Sanitario al fármaco denominado "Postinal", elaborado sobre la base de la droga levonorgestrel⁷⁹⁹.

Es importante destacar algunas de las razones por las que el recurso fue acogido. Así se citan a continuación los considerandos 9° y 17° del fallo citado, los cuales tienen directa relación con la garantía en análisis: "9°. La ilicitud constitucional de la autorización para la fabricación, venta y distribución de la droga levonorgestrel radica en que en uno de sus variados efectos amenaza la vida del que está por nacer⁸⁰⁰ y, además, amenaza la integridad física y psíquica de las mujeres a quienes se les administraría, pues podría provocarles un aborto; 17°. 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"⁸⁰¹.

Algunos sostienen que el recurso de protección referido debería haberse rechazado, porque⁸⁰²:

1. El fármaco, según las mejores pruebas, no impediría la anidación⁸⁰³.

Sin embargo, numerosa literatura de los países en que la "píldora del día después" se había legalizado sostenía lo contrario, en el sentido que la sustancia levonorgestrel, un prostágeno que en dosis bajas sirve de medicamento, al constituir o elaborarse un producto con él en altas dosis tiene, como uno de sus efectos posibles, impedir la anidación⁸⁰⁴. Al tener, entonces, el fármaco, como mecanismo de acción propio, la eliminación del embrión ya concebido mediante la obstaculización de su

⁷⁹⁶ Vid. Sentencia de la Corte Suprema de 30 de agosto de 2001, reproducida en la Revista *Ius Publicum* N° 7, ya citada, pp. 159-169.

⁷⁹⁷ Puede ser de utilidad recordar al lector que la gran discusión científica acerca de los verdaderos efectos del fármaco se produjo con posterioridad a este fallo. En sede de protección las partes estuvieron contestes en que uno de los posibles efectos del fármaco era evitar la anidación, y, como consecuencia de ello, centraron su discusión en si tal efecto podía o no considerarse atentatorio contra el derecho constitucional a la vida. De hecho, las propias autoridades de salud admitieron que uno de los posibles efectos de la "píldora del día después" era impedir la implantación del embrión en el útero de su madre, como consta de los fallos respectivos.

⁷⁹⁸ *Ibidem*, pp. 161 y 162.

⁷⁹⁹ Ugarte Godoy, José Joaquín: "La Constitución y la píldora abortiva" en *Ius Publicum*, N° 7 (citado), p. 97.

⁸⁰⁰ Precisamente ello corresponde al debate científico posterior.

⁸⁰¹ Efecto que se encuentra públicamente reconocido en aquellos países que han legalizado sin dificultades su comercialización o que la han prohibido, v.gr. el caso de España: "El levonorgestrel puede actuar de distintas formas: inhibe la ovulación, impide que el óvulo sea fecundado y evita la implantación del mismo en el útero" ("Una nueva píldora del día después, más fácil de usar": noticia aparecida en el diario *El Mundo* de 9 de diciembre de 2002 (<http://elmundosalud.elmundo.es/elmundosalud/2002/12/09/mujer/1039430295.html>, sitio consultado en agosto de 2003); en Estados Unidos, recientemente se han publicado evidencias que apoyan la posición de que los así llamados anticonceptivos de emergencia tienen, de hecho, un efecto abortivo. Un ejemplo es un artículo del número de marzo de *The Annals of Pharmacotherapy*, titulado "Postfertilization Effect of Hormonal Emergency Contraception" y escrito por Chris Kahlenborn, MD; Joseph B. Stanford, MD, MSPH; and Walter L. Larimore, MD., el cual propone evidencias de que "tomar la píldora del día después puede causar la muerte de un embrión vivo al bloquear sus intentos de asentarse dentro del útero". El artículo hace notar que queda suficientemente claro que los componentes de las píldoras del día después actúan sobre todo evitando la ovulación. Pero los autores describen cómo las drogas muchas veces fallan, al impedir la ovulación, y dependen entonces de un efecto postfertilización, causando el aborto de la nueva vida formada en embrión" (vid. <http://www.geocities.com/Heartland/Flats/1526/ab170202.htm>, sitio consultado en agosto de 2003); en Argentina, el considerando 9° del fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que prohíbe la comercialización del fármaco, con fecha 5 de marzo de 2002, señala: "9°) Que según surge del prospecto de fs. 14 y del informe de fs. 107/116 el fármaco "Imediat" tiene los siguientes modos de acción: "a) retrasando o inhibiendo la ovulación (observado en diferentes estudios con medicamentos hormonales-pico de LH/RH, progesterona plasmática y uterina); b) alterando el transporte tubal en las trompas de Falopio de la mujer del espermatozoide y/o del óvulo (estudiado específicamente en animales de experimentación —conejes— se ha observado que el tránsito tubal se modifica acelerándose o haciéndose más lento). Esto podría inhibir la fertilización; c) modificando el tejido endometrial produciéndose una asincronía en la maduración del

⁷⁹⁶ Vivanco Martínez, Ángela: "El aborto terapéutico: un nuevo intento de despenalizar el aborto en el Derecho chileno" en *Ars Médica* N° 18 (Santiago de Chile, Facultad de Medicina Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009) pp. 87-88.

⁷⁹⁷ Vid. de la autora, "La Constitución y la píldora" en *Ius Publicum* N° 7 (Santiago, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, 2001), p. 100.

⁷⁹⁸ *Ibidem*.

implantación natural en el útero materno, se transforma en un medio para provocar artificialmente la muerte de la criatura humana ya concebida y, en tal sentido, puede decirse propiamente que es abortivo⁸⁰⁵.

2. La incertidumbre del embarazo antes de la anidación haría que no pudiese hablarse de delito de aborto ni, por tanto, prohibirse el uso de la droga.

Sin embargo, una conducta puede prohibirse como contraria a un derecho garantizado por la Constitución sin necesidad de que constituya delito penal. Cuestión distinta –por ahora abierta– será decidir si existe responsabilidad penal por aborto en la persona que ingiere el fármaco y complicidad en tal delito en el que la comercializa. Pero de que se trata de un fármaco que atenta contra la vida humana naciente no queda duda y, esto es lo relevante para evitar su comercialización⁸⁰⁶.

3. Faltaría un sujeto cierto a nombre de quién recurrir de protección, lo que haría a la acción carena de legitimación activa, como se señalara en el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, que luego fuera revocado por la Corte Suprema.

La verdad, en la materia, es que la comercialización de la “píldora del día después” ha implicado la existencia de tres amenazados, muy concretos: todos los individuos concebidos que no llegarán a nacer gracias a su ingesta; las madres de esos individuos, que tomarán la píldora, creyendo, en la mayoría de los casos, lo que se les dijo: que era anticonceptiva y no abortiva, lo que coarta severamente su libertad y autodeterminación; y, por último, la sociedad chilena, a la que se impediría cumplir con su deber de enseñanza y de solidaridad con la población, teniendo que conformarse con ofrecer contraconcepciones de emergencia para evitar que vengan al mundo niños “no deseados”⁸⁰⁷.

4. El concebido no tendría el mismo derecho a la vida que el nacido vivo.

Esta afirmación viola el principio fundamental que anima a la sociedad, cual es la protección del que está por nacer, reconocido en la Constitución chilena, al sostener que el individuo humano gestado tendría menor valor para ser respetado y protegido, según el estado de desarrollo en que se encuentre⁸⁰⁸. Según una correcta interpretación de la Carta Fundamental, se debe sostener que la vida humana debe ser respetada y protegida desde el momento de la concepción.

Así, parece importante el hecho que la Corte Suprema declarara que la protección constitucional del niño en gestación no depende de la etapa de desarrollo en que se encuentre, ya que desde el momento de la fecundación se está en presencia de todos los elementos conformadores de un ser humano individual, distinto de sus padres y no ante un simple “grupo de células” o una extensión del organismo de la madre⁸⁰⁹.

Las autoridades, no conformes con el dictamen de los Tribunales de Justicia, autorizaron un segundo fármaco: “Postinor 2”, con el mismo principio activo. Al respecto, quienes criticaron esta situación señalan que “en la medida en que el fármaco “Postinor 2”, o cualquier otro, tenga el mismo efecto

que la Corte Suprema ha estimado contrario a la garantía constitucional de la vida, es decir, impida la anidación del embrión ya concebido, la autorización del Instituto de Salud Pública adolecerá del mismo vicio de la que ha sido objeto directo de la sentencia; es decir, se tratará de una acción ilegal y arbitraria que amenaza el ejercicio legítimo del derecho a la vida de las criaturas concebidas no implantadas”⁸¹⁰.

Esta segunda situación mereció la dictación de un fallo civil, el que fue dictado por la señora jueza suplente del vigésimo juzgado civil de Santiago⁸¹¹, con fecha 30 de junio de 2004, en juicio ordinario de declaración de nulidad del acto administrativo.

El requirente de autos basó su pretensión en que “de ninguna forma se ajusta a derecho que, amparado bajo la excusa formal de una falta de identidad en los nombres de un determinado producto (Postinor/ Postinor-2), no se hayan adoptado por el ISP las medidas para impedir comercializar todo producto que contiene el principio activo “Levonogestrel” 0.75, resultando nula de derecho público la autorización concedida en tal sentido al Laboratorio Grünenthal. Atendido lo razonado precedentemente, la nulidad de derecho público parece la única solución razonable, sobre todo cuando existe un corpus normativo que no deja dudas que nuestro ordenamiento jurídico se concede a la vida desde el instante mismo de la concepción, sin discriminar si el embrión se implantó en el útero; por lo que, para no caer en un absurdo jurídico y, a fin de evitar la pérdida de la vida de tantos inocentes, se hace necesaria la declaración de nulidad de derecho público”. A su vez, el demandado (ISP) replicó: “En el evento que el óvulo se encuentre fertilizado, no se puede hablar de un individuo que está por nacer, ya que mientras la madre no haya establecido un vínculo orgánico y biológico, que le permitirá proporcionarle nutrientes indispensables para su evolución y desarrollo, no ha surgido, desde el punto de vista legal, un individuo que está por nacer. Señala que, en materia penal, la vida del que está por nacer se protege por la vía de establecer el tipo penal aborto, en conformidad a los artículos 343 a 345 del Código Penal; añadiendo que, en su mayoría, los tratadistas sostienen que se debe proteger el producto de la concepción en cualquier etapa de la vida intrauterina que recorre el período que va desde la anidación del huevo fecundado hasta el nacimiento; por lo que, antes de la anidación, existe un huevo cuya viabilidad depende de diversos factores que no son posibles de determinar. En este sentido, la demandada cita al profesor Juan Bustos Ramírez, (en su “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”), en el que señala que sólo la anidación del óvulo implica una certeza en el desarrollo de la vida humana y que un medio que impida la anidación no podrá considerarse abortivo; pues todavía no se da el objeto de protección correspondiente. En cuanto a que la sola comercialización de un anticonceptivo post-coital constituiría un atentado al artículo 4.1 de la Convención Americana, que protege la vida a partir del momento de la concepción; sostiene que no constituye un aborto y así quedó en evidencia por la propia Comisión de Derechos Humanos en la Resolución N° 23/81, en su considerando 30, caso 2141, conocido como Baby Boy, del 6 de marzo de 1981; estableciéndose una fórmula general, dejando a cada Estado en la más absoluta libertad para normar constitucional o legalmente el momento que, a su juicio, se produce la concepción”.

El fallo, acogiendo la demanda presentada, resolvió sintéticamente lo siguiente: En primer término, analizada la prueba rendida por las partes, estima que los informes presentados por la parte requirente “resultan convincentes, para establecer la peligrosidad real que tiene el fármaco Postinor-2 no sólo en relación a la vida del que está por nacer, sino también sobre la salud física de la mujer que ingiera dicho fármaco”. A continuación, considera que, “a juicio de este sentenciador, al otorgarse el registro cuya nulidad se solicita no sólo se han infringido los artículos 5°, 6° y 7° de nuestra Carta Fundamental, sino que, además, el Decreto Ley 2.763, Decreto Supremo 1.876 y artículo 94 del Código Sanitario; por cuanto ha existido una desviación de poder, al atender dicho órgano a una

endometrio que lleva a inhibir la implantación” (conf. fs. 112) (vid. http://www.aica.org/aica/documentos/otros_Documentos/doc_Otros_Sentencia.htm, sitio consultado en agosto de 2003), mientras el Vicedecano de la Facultad de Medicina de la UBA, criticando el fallo, reconoce, sin embargo, que “la ingesta de una pastilla que estimula un rápido crecimiento de la mucosa, seguido de un descamado de esa mucosa en las 72 a 96 horas posteriores, lleva a que cuando el óvulo fecundado busca anidarse en esa “esponja” que debería encontrar en el útero, se encuentra con una superficie lisa como una pared, como una piedra. Al no poder penetrar en el endometrio, es arrastrado por el descamado sanguíneo que está sucediendo” (vid. “La prohibición de la píldora del día después: La Corte tuvo un gesto de omnipotencia”, entrevista al doctor Sergio Luis Provenzano de fecha 10 de marzo de 2002, en <http://www.healthig.com/fertilidad/fertilidad15.html>, sitio consultado en agosto de 2003).

⁸⁰⁵ Corral Talciani, Hernán: “La eliminación deliberada de embriones es inconstitucional” en *ibidem*, p. 168.

⁸⁰⁶ Corral Talciani, Hernán: *Op. cit.*, p. 168.

⁸⁰⁷ Vivanco Martínez, Ángela: “La Constitución y la píldora” en *idem*, p. 100.

⁸⁰⁸ Comité Permanente de la Conferencia Episcopal de Chile (Javier Prado Aránguiz y Manuel Camilo Vial Risopán): “En defensa de la vida humana” en *idem*, p. 120.

⁸⁰⁹ Vivanco Martínez, Ángela: “Afirmación del derecho a la vida” en *idem*, p. 169.

⁸¹⁰ Corral Talciani, Hernán: *Op. cit.*, p. 167.

⁸¹¹ El texto íntegro puede encontrarse en <http://www.estudiohormazabal.com/>, sitio consultado en octubre de 2004.

finalidad distinta a la querida por el legislador cual es la de proteger la vida del que está por nacer, no efectuándose distinciones arbitrarias acerca de si el embrión se encuentra o no anidado; atentándose además, al derecho de la igualdad. Esto respecto del *nasciturus*. En cuanto a la madre, cuyo fármaco puede producir un aborto, es menester señalar que no existe constancia en autos de nuevos antecedentes aportados a la institución demandada, para desestimar las prevenciones tenidas en consideración, en relación al Postinal, fármaco, cuya venta y comercialización fue prohibida mediante sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, y que, según se señaló, indicó en el considerando quincuagésimo, podría tener efectos "microabortivos" y, finalmente, teniendo a la vista lo dispuesto en "el Decreto Ley 2.763; Decreto Supremo 1.876; artículos 94 y siguientes del Código Sanitario; artículos 19, 21, 24, 55, 74, 75 y 76 del Código Civil; artículo 5° de la Ley Orgánica del Instituto de Salud Pública; artículo 2, 3 y siguientes de la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado; artículo 1, 4, 5, 19 N° 1, 2 y 26 de la Constitución Política de la República; artículo 1 y 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica; y demás normas jurídicas aplicables al caso", declara "que ha lugar a la demanda de fojas 26; declarándose nulo de derecho público la Resolución N° 7224, de fecha 24 de agosto del año 2001, del Instituto de Salud Pública de Chile, que se materializó en el registro ISP F-8527/01, el que ha permitido la venta o comercialización del fármaco Postinor-2, elaborada en base al principio activo levonorgestrel 0,75 mg".

Finalmente, señalemos que, sin perjuicio del estudio científico acerca de los verdaderos efectos de la píldora del día después, consideran que la sentenciadora ha recurrido a una correcta interpretación de la ley chilena y la Constitución, al declarar que, si uno de sus efectos consiste en impedir la implantación de un embrión en el útero de su madre, ello representa decididamente un aborto desde el punto de vista conceptual, más allá de los ámbitos de penalización de la conducta, lo que nos recuerda que el aborto no puede ser analizado sólo en la óptica de la punibilidad, sino también en la esfera de la ética y de los principios que informan al derecho chileno, ya que se trata de la supresión intencionada de la vida de una criatura en gestación.

Sin embargo, con fecha 10 de diciembre de 2004, por fallo unánime la Novena Sala de la Corte de Apelaciones se acogió la apelación del Instituto de Salud Pública en contra del fallo recién comentado. En dicha resolución, la Corte sostiene que no se puede pronunciar sobre un dilema científico que aún no está resuelto, como es en qué etapa la píldora podría interrumpir el ciclo del embarazo, tema que se escaparía de las atribuciones de los tribunales; y reconoce al ISP como el organismo que por ley debe decidir sobre la autorización del uso de un medicamento. En su parte resolutoria, el fallo sostiene que la aspiración de la parte demandante de defender la vida del que está por nacer requiere de una certeza científica previa "fundamental, cual es conocer exactamente los efectos del fármaco señalado en el complejo proceso de la concepción humana, en términos de saber cómo y en qué etapa puede interrumpir el ciclo natural del embarazo". Al respecto, sostiene que "la discusión central sobre el tema es materia no definitivamente resuelta por la ciencia médica y es aún objeto actual de experimentación y discusiones científicas". Por ello, "esta sola conclusión permite sostener que la jurisdicción no puede intervenir resolviendo el conflicto de intereses propuesto en autos, pues esta sólo puede hacerlo sobre la base de certezas y no le es posible reconocer derechos u obligaciones derivados de hipótesis científicas en plena discusión". Sobre el mismo tema agrega que "tanto el momento en que ocurre la concepción, así como los efectos que produce en el organismo humano una píldora con determinados componentes químicos como de la que se trata en estos antecedentes, asunto respecto del cual no hay un veredicto científico indubitado, no puede ser resuelto por una sentencia emanada del órgano jurisdiccional, pues en tal caso se estaría reemplazando o arbitrando la verdad científica o la reflexión filosófica, lo que no es de su incumbencia, sino que materia que compete a otros órganos del Estado y de la sociedad". En referencia a este último punto, el texto que fue redactado por el ministro Hugo Dolmestch, sostiene que "el Instituto de Salud Pública es el órgano contemplado por la legislación nacional para asumir esa responsabilidad", ya que la ley lo

faculta para "ejercer las actividades relativas al control de calidad de medicamentos, alimentos de uso médico y demás productos sujetos a control"¹².

Por último, la Corte Suprema se pronunció sobre este caso, vía casación en la forma y fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones, el 28 de noviembre de 2005¹³, rechazando dichos recursos. En su considerando séptimo, la Corte señala que el Centro Juvenil AGES carece de legitimación activa para impetrar la acción de Nulidad de Derecho Público, así sostiene que "en estas circunstancias, la demandante por su propia declaración, explicitó su actuación como un grupo intermedio, ya que se ha constituido de manera regular, como una organización comunitaria funcional, de la manera como lo ordena la letra d) del artículo 2° de la Ley N° 19.418, y como esta persona jurídica tiene que actuar dentro del principio de legalidad y, por consiguiente, también le asiste el deber de cumplir y respetar lo previsto en el inciso 2° del artículo 7° de la Constitución Política de la República, que la incluye también en el mandato de que ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. La norma aludida le reconoció a la demandante el carácter antes indicado, pero en sus facultades, de acuerdo con la ley, sólo les permite velar por intereses específicos de la comunidad, dentro del territorio de la comuna o agrupación de comunas y, como se trata de una persona jurídica que constituye un grupo intermedio, dicha vinculación estatutaria la limita en el ejercicio de defensa de intereses sólo a sus propios fines específicos. En el presente caso, la agrupación que sustenta la acción no demostró que dentro de sus estatutos se comprendiera la defensa de los derechos que se expresan en la demanda y en el recurso en estudio".

Con fecha 3 de febrero del año 2007 se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo Reglamentario N°48 que aprobaba las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, ante lo cual, en marzo del mismo año, un grupo de parlamentarios requirió al Excelentísimo Tribunal Constitucional para que declarara la inconstitucionalidad del ya mencionado decreto, por ser atentatorio contra el derecho a la vida y la protección del que está por nacer consagrados en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental.

Los requirentes consideran que se debe proteger al individuo desde la concepción ya que desde ese momento tiene vida y pertenece a la especie humana, por lo tanto, la sola posibilidad de que la ingesta de Levonorgestrel concentrado pueda producir la imposibilidad de fecundación es contraria al mandato constitucional.

Respecto de la denominada Píldora del día Después ni la doctrina ni la jurisprudencia en Chile son unánimes ya que si bien, como venimos apreciando, el fármaco Postinal se había prohibido su registro en el ISP por existir duda sobre sus efectos, el fármaco Postinor-2 compuesto al igual que el anterior, por Levonorgestrel 0,75 mg se permitía su venta, ya que los recursos en su contra habían sido rechazados sin llegar a conocer en su mayoría el fondo del asunto. Esto deja entrever un cambio en la forma de razonar porque ya no se utiliza el principio *pro-homine* sino que indica que una duda no es suficiente para limitar la libertad de las personas.

Debemos tener presente que el fallo dado por el Tribunal Constitucional ha este requerimiento no viene zanjar la discusión en todos sus ámbitos, ya que como lo deja de manifiesto en su voto de prevención el Ministro Bertelsen, este fallo solo recae sobre la inconstitucionalidad del Decreto Supremo y no prohíbe por ejemplo que municipalidades o farmacias administren el fármaco.

¹² La decisión fue adoptada por los ministros Hugo Dolmestch, Dobra Lusic y la abogada Paulina Veloso, y es impugnante ante la Corte Suprema. <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=166466>

¹³ Texto completo del fallo disponible en usas / http://www.poderjudicial.cl/0.8/info_ca_usas/esta402.php?rowdetalle=AAAHkyABDAAABzKAAG&consulta=100&glosa2=&glosa2&causa=1039/2005&numcua=25837&secre=UNICA acceso en diciembre de 2005.

Ahora bien, para dictar su fallo el Tribunal Constitucional tuvo a la vista el requerimiento subsanado luego de que al principio fuera considerado improcedente, la contestación de la señora Presidenta de la República al requerimiento y la exposición realizada por numerosos doctores y científicos, ninguna de ellas concluyentes y algunas totalmente contrarias entre sí, acerca de los efectos del fármaco.

Atendiendo lo anterior, el tribunal consideró que:

- i) Existe gran dificultad para determinar los mecanismos de acción de los regímenes de anticoncepción de emergencia. Sobre esto mismo se refieren el doctor Croatto y la profesora María Elena Ortiz, estableciendo que los resultados de la anticoncepción de emergencia depende de la fase del ciclo en que sea utilizado. (Considerando trigésimo primero).
- ii) Los especialistas coinciden en que los efectos relacionados de los regímenes de anticoncepción de emergencia son: a) impedir la ovulación; b) impedir la migración de espermatozoides para fecundar el óvulo; c) impedir la implantación. Siendo el último el que genera controversias (Considerando trigésimo segundo). Ante esto es importante señalar que en el considerando trigésimo noveno se establece que no hay grado de certeza respecto de que el Levonorgestrel en 0.75 mg no afecte la implantación.
- iii) Existe diferencias entre los especialistas para determinar desde cuando se es persona, así destacan: el informe del Instituto Chileno de Medicina Reproductiva establece que si bien el nuevo individuo se inicia con la fecundación, aun no se le puede considerar persona porque le falta desarrollo. Mientras que el informe presentado por la Universidad Católica de la Santísima Concepción establece que con la concepción el nuevo individuo de la especie humana ya es persona, porque contiene todo el material genético para su desarrollo, es este nuevo individuo quien dirige su desarrollo, formación y quien toma el alimento que le proporciona su madre (Considerando trigésimo tercero)

“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 –como ha sido afirmado en estos autos–, es posible afirmar que estamos frente a una persona en cuanto sujeto de derecho” (Considerando quincuagésimo)

- iv) La Constitución no es creadora de derecho, sino que reconoce solo hace un reconocimiento de los derechos ya existentes por la sola naturaleza humana (Considerando cuadragésimo séptimo)
- v) Existe una duda razonable respecto de los efectos abortivos que podrían producir los métodos de anticoncepción de emergencia, por lo tanto no hay certeza de que no se esté vulnerando la Carta Fundamental al incluirse estas medidas dentro de las normas para regular la fertilización.

Se debe tener presente el principio *pro-homine* definido por la Corte Interamericana de Derechos Humano “Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (Opinión Consultiva 5, 1985).

La sola duda razonable resulta atentatoria a la Constitución si se tiene en consideración el principio *pro-homine*. (Considerandos sexagésimo cuarto, sexagésimo sexto y sexagésimo noveno)

El tribunal falla que se acoge el requerimiento.

Es importante sin embargo realizar algunas menciones a los votos disidentes de los Ministros Colombo Campbell y Vodanovic:

- i) Ministro Colombo Campbell: establece que no existe ningún conflicto constitucional ya que en primer término la Carta Fundamental no garantiza derecho alguno al concebido no nacido y expone como argumentos los siguientes: a) la Carta Fundamental en su artículo 1 establece que

“Las personas nacen libre e iguales en dignidad y derechos”; b) el Código Civil al referirse a las personas las clasifica en naturales y jurídicas, y con respecto a las personas naturales solo regula los hechos jurídicos que se refieren al nacimiento y la muerte; c) en el Código Penal, está tipificado el aborto, pero no se establece desde cuando se está cometiendo ese ilícito.

Solo se puede determinar que la Constitución no garantiza ningún derecho al *nasciturus*, sin embargo si reconoce la vida ya que establece que el legislador debe protegerla, pero al realizar este mandato no determina las condiciones ni los momentos de inicio y término de dicha proyección, quedando estos temas libres de determinación por el legislador apoyándose en la ciencia. Con respecto a esto último también hace referencia a que si la ciencia no tiene solucionado conflictos respecto de los temas que se quiere legislar, como es el caso actual, no corresponde a los Tribunales zanjarlo, ya que esto no es un conflicto de intereses de relevancia jurídica.

El Ministro en la misma línea de argumentación establece que si bien existe el mandato Constitucional este no es constitutivo de una garantía al no nacido, como si lo es la libertad de conciencia, con la cual la persona puede discernir el tomar o no la llamada píldora del día después.

De esta forma establece que no existe el antes mencionado conflicto constitucional ya que al existir realmente el derecho invocado por los requirentes en la Constitución, sería ilógico declarar que determinada actuación es inconstitucional por vulnerarlo.

- ii) El Ministro Vodanovic establece que: en primer término debemos eliminar de la Constitución cualquier principio moralista ya que una vez generada esta debe desprenderse y estar exenta de interpretaciones atribuidas a las corrientes filosóficas que la crearon.

A demás desarrolla cuatro temas, de los cuales llega a la conclusión que el requerimiento debe ser rechazado, a saber: a) el *nasciturus* no titular de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución; b) la Carta Fundamental no prohíbe el aborto, ya que esta solo orienta al legislador a resguardar la vida pudiendo este extender o acotar según su criterio esta orientación; c) los derechos reproductivos tienen rango constitucional; si existiera conflicto constitucional los derechos de la mujer estarían por sobre los del *nasciturus*.

Si bien es cierto, este fallo declara inconstitucional la entrega de la pastilla, este fallo no está exento de críticas:

“... una de las críticas que se han hecho a este fallo es el no haber abordado el conflicto aparente o real que suscitaba con una medida precautoria de protección a la vida del embrión humano ante otros derechos protegidos constitucionalmente, particularmente en consideración a que las Normas de Fertilidad se asociaban a una consagración de derechos sexuales y reproductivos contemplada en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, como es el caso del artículo 16 de la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación a la mujer, que reconoce el “derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, educación, y los medios que les permitan ejercer estos derechos” y en el acápite 16.1 del mismo que prescribe que “Los Estados partes asegurarán los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información de educación y los medios que permitan ejercer estos derechos”.

La verdad es que, sin pretender ahondar aquí sobre las diversas tesis sobre conflictos de derechos, a nuestro juicio el Tribunal Constitucional gozaba de las herramientas jurídicas necesarias para clarificar que, en la materia, no se ha suscitado un real conflicto de derechos, pues si se analiza en su esencia el contenido de tales garantías asociadas con la salud sexual y reproductiva, se descubrirá que éstas no se extienden ni admiten a considerar entre ellas el aborto o el microaborto, esto es, la aceptación aun eventual de destrucción del embrión humano. No solo en relación con la prohibición de todo tipo de aborto que efectúa el Código Sanitario en su artículo 119 sino al hecho que la Carta de 1980 debe considerarse como un todo integrado, que no se establece rangos entre los derechos ni

está dispuesta a sacrificar unos a favor de otros, sino que exige y demanda su armonización en torno a los principios de dignidad humana, la igualdad, la libertad y servicialidad del Estado, principios presentes en las Bases de la Institucionalidad que exigen interpretar la Carta Fundamental de un modo coherente.

Por esta razón, aún considerando el Tribunal la inexistencia de un real conflicto de derechos, hubiera sido particularmente deseable establecer también una interpretación en la materia, en el sentido de que la esencia de los derechos relacionados con la salud sexual y reproductiva comprende aquellas decisiones y planificaciones que el sujeto, en su privacidad y libertad de decisión, implementa para determinar cómo será su familia, su descendencia y el modo de organizar su situación a este respecto, pero no alcanza ni puede alcanzar la extensión respecto de la vida constitucionalmente protegida, cuyo es el caso del embrión humano, lo que no constituye una vulneración de la autonomía ni la imposición de una maternidad indeseada, sino el establecimiento constitucional del sentido y alcance de una determinada garantía respecto de otra.⁸¹⁴

Posterior a este fallo en Junio de 2009 se pronuncia sobre las Prestaciones Municipales de Salud y la Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional con el objeto de determinar "si procede que las municipalidades implementen nuevas prestaciones de salud insertas en planes comunales de esa naturaleza, en los casos que no exista política pública ministerial, teniendo en cuenta la autonomía de esas corporaciones de derecho público establecida a nivel constitucional y legal y sus funciones".

Por una parte el abogado patrocinante del requerimiento parlamentario ante el Tribunal Constitucional, solicita que se tenga presente dicho fallo para pronunciarse sobre lo establecido por la Asociación Chilena de Municipalidades que pretende se administre el fármaco conocido como "píldora del día después" a nivel municipal por estar éstas facultadas para desarrollar más prestaciones que las solamente autorizadas por administrar el fármaco.

Para estos efectos fue requerido el Ministerio de Salud el cual entregó un informe indicando que en virtud del Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal (Ley 19.378) y la autonomía municipal, estos organismos estaban facultados para implementar otras medidas sanitarias diferentes a las implementadas por el ministerio.

Para pronunciarse la Contraloría establece ciertas precisiones: a) la Contraloría General de La República está ejerciendo un control de legalidad de los actos de Administración del Estado; b) el Tribunal Constitucional es el encargado de velar por el respeto a la supremacía constitucional y por sus resoluciones fijan derecho aplicable y son obligatorias.

Teniendo presente lo anterior, la Contraloría establece una serie de disposiciones en que se tiene en cuenta de que las Municipalidades son parte del Sistema Nacional del Servicio de Salud, a donde señala el artículo 56 de la ley 19.378 establece que: "Los establecimientos municipales de atención primaria de salud cumplirán las normas técnicas, planes y programas que sobre la materia impone el Ministerio de Salud. No obstante, siempre sin necesidad de autorización alguna, podrán atender, a costo municipalidad o mediante cobro al usuario, la atención de salud a otras prestaciones. Sin embargo la contraloría señala "es condición sine qua non que dichas acciones se ajusten a la juridicidad vigente".

Por lo anterior la Contraloría determina que es inconstitucional que los organismos que componen la Red Asistencial del Sistema Nacional del Servicio de Salud, quedando incluidos en el sistema de entes públicos y privados que suscriban convenios con los organismos antes mencionados, la implementación de acciones que impliquen el uso de la denominada "píldora del día después".

la Contraloría hace mención a la imposibilidad de pronunciarse sobre la posibilidad de, creación, distribución y administración del fármaco de otros organismos por estar fuera del radio de su competencia.

Finalmente, el 28 de enero de 2010 se publica la Ley N° 20.418 que Fija las Normas sobre Información y Prestaciones en materia de Regulación de la Fertilidad, que permite la distribución del anticonceptivo de emergencia en el sistema de salud público, la que en su artículo 1° señala que:

"Toda persona tiene derecho a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad, en forma clara, comprensible, completa y, en su caso, confidencial.

Dicha educación e información deberán entregarse por cualquier medio, de manera completa y sin sesgo, y abarcar todas las alternativas que cuenten con la debida autorización, y el grado y porcentaje de efectividad de cada una de ellas, para decidir sobre los métodos de regulación de la fertilidad y, especialmente, para prevenir el embarazo adolescente, las infecciones de transmisión sexual, y la violencia sexual y sus consecuencias, incluyendo las secundarias o no buscadas que dichos métodos puedan provocar en la persona que los utiliza y en sus hijos futuros o en actual gestación. El contenido y alcance de la información deberá considerar la edad y madurez psicológica de la persona a quien se entrega.

Este derecho comprende el de recibir libremente, de acuerdo a sus creencias o formación, orientaciones para la vida afectiva y sexual. Un reglamento, expedido a través del Ministerio de Salud, dispondrá el modo en que los órganos con competencia en la materia harán efectivo el ejercicio de este derecho."

Agrega el artículo 2°, en relación a la posibilidad de entregar la píldora a menores de 14 años:

"Toda persona tiene derecho 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, que cuenten con la debida autorización y, del mismo modo, acceder efectivamente a ellos, en la forma señalada en el artículo 4°.

Sin embargo, en aquellos casos en que el método anticonceptivo de emergencia sea solicitado por una persona menor de 14 años, el funcionario o facultativo que corresponda, sea del sistema público o privado de salud, procederá a la entrega de dicho medicamento, debiendo informar, posteriormente, al padre o madre de la menor o al adulto responsable que la menor señala."⁸¹⁵

14) Aborto y derecho a decidir de la madre

En un ámbito que, crecientemente, se dirige más al cuestionamiento de la idea de que hay ciertos derechos que prefieren necesariamente a otros, se instala el gran debate mundial, que ha sido el más importante de los argumentos favorables a la legalización del aborto, acerca de si el derecho a la vida del hijo prefiere necesariamente al derecho de su madre de seguir o no adelante con un embarazo no deseado.

En la materia, el fallo más famoso, que ha sido inspirador de numerosos otros y de cuidadas elaboraciones doctrinarias, es el caso de Roe versus Wade en Estados Unidos⁸¹⁶. En efecto, el 22 de enero de 1973 la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América estableció por primera vez un "derecho al aborto" dentro de los términos de la 14ª Enmienda de la Constitución.

El conflicto en este caso se dio entre una madre soltera, bajo el seudónimo de Jane Roe, contra un Estatuto del Estado de Texas. Este Estatuto establecía que era un delito provocar un aborto, excepto cuando, por razones médicas, se debía salvar la vida de la madre. Jane Roe solicitó que se le auto-

⁸¹⁴ Vivanco Martínez, Ángela: "Los Efectos Jurídicos del Fallo del Excelentísimo Tribunal Constitucional sobre la llamada "píldora del día después" en *Ars Médica* N° 17 (Santiago de Chile. Facultad de Medicina Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008) pp. 200-201.

⁸¹⁵ *Ibidem*.

⁸¹⁶ El texto íntegro del fallo se encuentra en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=410&invol=113>, sitio consultado en octubre de 2004.

rizara abortar en su Estado (Texas) en condiciones de seguridad, es decir, que el aborto se hiciera a cargo de un profesional. No se podía practicar en este caso un aborto legal, porque su vida no estaba amenazada por la continuación del embarazo, es decir, no existía una razón médica que justificara la interrupción del embarazo.

La Corte se declaró "incompetente" para resolver el problema de cuándo comienza la vida. No obstante lo anterior, declaró que los Estados sólo pueden proteger la vida de un no nacido a partir de la viabilidad del feto, es decir, de tener una vida significativa fuera del vientre de su madre. De ahí se deduce que el feto solamente representa vida potencial. El fallo, además, señaló dos razones por las que la palabra persona o individuo no incluye al no nacido; "1. Que al utilizar la palabra "persona" en el resto de la Constitución no tiene una aplicación prenatal. 2. Que durante la mayor parte del siglo XIX, la mayoría de las prácticas abortivas legales eran mucho más liberales de lo que son hoy en día"⁸¹⁷.

Posteriormente, la Corte, en su fallo *Doe vs. Bolton*, aclaró lo que, en su opinión, significa el término salud: "La decisión se puede tomar teniendo en cuenta todos los factores: físicos, psicológicos, emocionales, familiares y la edad de la mujer, todos los cuales están relacionados con el bienestar de la paciente". Inclusive, aclaró el Tribunal que el embarazo pudiera "imponer una carga física y un futuro desdichado a la mujer", producir "perjuicios o daños psicológicos", "obligar a la mujer a cuidar de un niño" y acarrear "la angustia o penalidades que acompañan al niño no deseado". Citó también las "dificultades y el estigma de la madre soltera", y el hecho de que el niño podría nacer en el seno de una familia que, quizás, sea incapaz de criarlo, psicológicamente y en todos los demás aspectos.

La influencia de estos fallos es innegable en lo que sucede con posterioridad en el mundo occidental, de lo que no escapa nuestro país. Se ha argumentado crecientemente a favor de la legalización del aborto la inexigibilidad de otra conducta a la mujer que no puede llevar adelante un embarazo, su derecho a decidir en lo suyo y la imposibilidad del Estado de forzar a nadie a cuidar un embarazo⁸¹⁸.

⁸¹⁷ El juez Blackmun, quien habló en representación de la mayoría (siete votos), sostuvo que las leyes prohibitivas de aborto tendrían que castigar a las mujeres que tenían relaciones sexuales fuera del matrimonio. Sin embargo, no tomó en cuenta este argumento al momento de fallar el caso. Blackmun sostuvo que el derecho de la mujer a la intimidad es el que debe tomarse en consideración para autorizar el aborto. Agregó que este derecho estaba reconocido desde 1891 como implícito en la declaración de derechos de Norteamérica. La mayoría de los jueces consideró que era necesario poner en una balanza el derecho de la mujer a la intimidad y la vida humana del feto. Este balance de intereses los condujo a distinguir tres periodos del desarrollo del embarazo y así determinar la posibilidad de realizar el aborto. Se determinó que en el primer trimestre del embarazo, la intimidad de la madre prevalece sobre la vida potencial del feto, y el médico que la atiende es libre para determinar si el embarazo debe o no concluirse. La jurisprudencia norteamericana, en este caso, se inclinó por la solución del plazo y le reconoció a la mujer el derecho de practicarse el aborto en los primeros noventa días de embarazo. Durante el primer trimestre la madre posee el derecho indiscutido de practicarse el aborto, excluyendo cualquier interferencia gubernamental. La Corte Suprema Norteamericana, según criterios médicos, determinó que durante el segundo trimestre del embarazo el aborto es más peligroso para la madre que el nacimiento mismo, y por esta razón estableció que durante este periodo el aborto sólo es aceptable si tal intervención no pone en peligro la vida de la madre. Finalmente se determinó que en el tercer trimestre el *nasciturus* tiene una alta probabilidad de sobrevivir fuera del vientre de su madre mediante la aplicación de procedimientos artificiales (viabilidad del feto). En este plazo sólo se admitió el aborto cuando fue indispensable para preservar la vida o la salud de la progenitora. Es decir, el Tribunal Supremo dictaminó que los Estados no pueden prohibir el aborto si en la opinión de "un médico autorizado para ejercer la medicina" este es necesario para preservar "la salud o la vida de la madre".

⁸¹⁸ Cfr. el famoso cuento del violinista en Thomson, Judith J.: "A defense of abortion" en *Rachels, James (editor) Moral Problems* (New York, Harper and Row, 1959) pp. 132 a 144 y las respuestas crítica a dicha postura en el interesante artículo de Davis, Michael: "Foetuses, Famous Violinists, and the Right to Continued Aid" en *The Philosophical Quarterly* vol. 33 n.º 132, pp. 263-264 y de Finnis, John: "The rights and wrongs of Abortion: A Reply to Judith Thomson" en Dworkin, Ronald (editor), *The Philosophy and Law* (Oxford University Press, 1977) p. 177 y ss.

Otras figuras consideradas atentatorias contra el derecho a la vida y a la integridad física y psicológica de la persona

La eugenesia

El origen de la eugenesia es griego y significa "buen nacer". En la práctica se debe "señalar que su objetivo fundamental es el mejoramiento de la raza humana, teniendo como base la herencia, el buen ambiente y otros fundamentos biológicos, y mediante el empleo de métodos preventivos o reproductivos". Efectivamente, la figura se traduce en evitar el nacimiento de niños que tengan graves enfermedades o malformaciones, lo que lleva a la realización de abortos eugenésicos o, en caso de que los niños ya hubiesen nacido, impedir que ellos continúen con vida⁸¹⁹.

Esta era una costumbre de los griegos que ha sido repetida durante la segunda mitad del siglo XX. La práctica va acompañada con los altos niveles de tecnología que hacen posible predecir ciertas enfermedades o malformaciones mientras un niño se encuentra en gestación.

En el aspecto de la eugenesia, "a más de su aspecto genuinamente social, ofrece una faceta médica de considerable importancia; pero también presenta un lado jurídico de subida trascendencia"⁸²⁰.

El Constituyente de 1980, al declararse partidario del derecho a la vida, dejó constancia en actas que la garantía del artículo 19, N.º 1 se contrapone a esta práctica no sólo porque el niño en gestación es una persona, sino también porque la dignidad del ser humano no es condicionable a un estado de salud, enfermedad o buena formación. Por eso, el aborto eugenésico o toda medida eugenésica posterior son inconstitucionales.

3.1) El hecho del nacimiento como "daño": los casos de *wrongful birth*

Si bien el debate tradicional sobre el derecho a la vida del que está por nacer se ha centrado en la protección del sujeto en gestación, ante intentos de destrucción de diversas motivaciones, a partir de la experiencia del Derecho Comparado, se han generado debates en un tono distinto, centrados en la pregunta acerca de si el hecho de nacer no puede ser, en realidad, considerado como un perjuicio o daño para la persona, por lo que la recomendación abortiva a su madre más bien sería un acto de humanidad hacia el niño.

Un caso emblemático de estas situaciones de "nacimiento erróneo" o *wrongful birth* es el famoso caso de Nicolás Perruche en Francia. El 17 de noviembre de 2000 el Tribunal Supremo francés emitió una sentencia a favor del demandante en la que se reconocía su derecho a ser indemnizado por padecer una discapacidad, provocada por la rubeola, que su madre sufrió durante el embarazo, no detectada en los exámenes prenatales. La argumentación del demandante es que, si este diagnóstico hubiera existido, su madre, que estaba dentro del plazo legal para abortar, lo hubiera hecho.

La sentencia sostiene que el nacimiento de una niña o niño con alguna minusvalía puede valorarse como un perjuicio y que se puede establecer una relación de causalidad entre la minusvalía y el

⁸¹⁹ Silva Silva, Hernán: *Medicina Legal y psiquiatría forense* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, 1.ª edición), p. 202.

⁸²⁰ El ya citado boletín N.º 1993-11, en su texto aprobado durante la segunda discusión particular en la Cámara de Diputados, establece en su artículo 2.º: "Queda expresamente prohibida toda práctica eugenésica, entendiéndose por tal cualquier especie de intervención sobre el genoma cuyo propósito sea modificarlo hereditariamente". Si bien compartimos la idea que la intervención del genoma humano puede constituir una práctica eugenésica, como técnica legislativa no resulta inconveniente circunscribir la eugenesia a dicha conducta, teniendo presentes las precisiones mencionadas. Seguimos, en la materia, el criterio de Romeo Casabona, Carlos María, "Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas" en Romeo Casabona, Carlos María (editor), *La Eugenesia hoy* (Granada, Comares, 1999) p. 5: "Es común la distinción de dos clases de eugenesia: la eugenesia positiva, que consiste en favorecer la transmisión de caracteres estimados deseables... la eugenesia negativa, por su parte, pretende evitar la transmisión de caracteres apreciados como no deseables, valiéndose para ello de procedimientos mucho más eficaces, como han sido tradicionalmente la esterilización, la contracepción y, en casos aislados, el aborto y la muerte del recién nacido".

⁸²¹ Jiménez de Asúa, Luis: *Libertad de amar y derecho a morir* (Madrid, Editorial del Norte, 1928), p. 34.