



001279
mil doscientos, setenta y nueve

Sin embargo, a estas alturas, ya está claro que dicha protección no es un título para imponer sacrificios a la mujer. El Estado debe respetar la decisión, pero no imponerla ni coaccionarla;

CENTESIMOVIGESIMOPRIMERO. Que en mérito de todo lo anterior, consideramos que el requerimiento debe ser rechazado, en todas sus partes.

CAPÍTULO SEGUNDO.

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

CENTESIMOVIGESIMOSEGUNDO. Que el Tribunal Constitucional acogerá este capítulo de los requerimientos parlamentarios, declarando parcialmente inconstitucional el nuevo artículo 119 ter del Código Sanitario, que agrega el artículo 1°, N° 3, del Proyecto de Ley objetado;



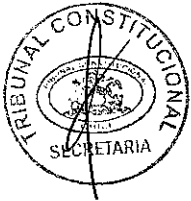
CENTESIMOVIGESIMOTERCERO. Que el numeral 3 del Proyecto introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario, regulando por primera vez en forma expresa en nuestro derecho, el tema de la objeción de conciencia. Dispensa en tal virtud tanto al médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso del artículo 119 - agregado por el N° 1 del mismo Proyecto - cuanto al resto del personal profesional al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención, de la obligación de efectuar el respectivo acto quirúrgico, cumpliéndose las formalidades que indica;

CENTESIMOVIGESIMOCUARTO. Que la disposición aludida comete al Ministerio de Salud la dictación de los



"protocolos necesarios para la ejecución de la obligación de conciencia", resguardando el deber de "asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo ...". Acto seguido, el acápite final del inciso 1° de este nuevo artículo declara que "[L]a objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución".

Es precisamente este pasaje del mandato legal el que ha sido reprochado de inconstitucional, por entender las requirentes que: a) la restricción de tal derecho a solo los médicos y personal profesional concernidos, constituiría una discriminación arbitraria respecto del personal de salud no profesional que también participa en el correspondiente acto médico, así como afectaría la libertad de asociación y la autonomía de los cuerpos intermedios para el cumplimiento de sus propios fines específicos, y b) que asimismo el derecho a la objeción de conciencia no puede quedar limitado exclusivamente a los profesionales intervinientes en la prestación de que se trata, sino que ha de expandirse además a las instituciones en que ellos prestan sus servicios, so pena de quebrantar las garantías que se menciona y que se explicitarán en el desarrollo de esta argumentación;



**ANÁLISIS DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA COMO UN
DERECHO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADO**

CENTESIMOVIGESIMOQUINTO. Que el fundamento constitucional del derecho de que se trata, se suele afincar en el artículo 19, N° 6° de nuestra Carta Política, en cuanto asegura a todas las personas "[L]a libertad de conciencia, la manifestación de todas las creaciones y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público". Sin embargo y como puede apreciarse de su simple lectura, este precepto no contiene un

001281
mil doscientos ochenta y uno

reconocimiento expreso de este derecho, que ha sido definido como "el derecho a no ser obligado a cumplir, por razones de conciencia, las imposiciones de la ley" (Informe N° 43, Caso 12219 Fondo Cristián Daniel Sahli Vera y otros v. Chile (10.03.2005, N° 37));

CENTESIMOVIGESIMOSEXTO. Que no son muchas las Constituciones que, en el derecho comparado, reconocen explícitamente en su texto a la institución en análisis, otorgándole efecto liberatorio de alguna obligación concreta. Entre las excepcionales que lo hacen, cabe mencionar la española de 1978, cuyo artículo 30.2 encomienda al legislador la regulación, con las debidas garantías, de la objeción de conciencia, todo ello a propósito de las obligaciones militares de los españoles. Lo propio hace la Constitución Nacional del Paraguay, de 1992, en su artículo 37, que junto con reconocerla, la extiende "por razones éticas y religiosas para los casos en que esta Constitución y la ley admitan";

CENTESIMOVIGESIMOSEPTIMO. Que el tema que nos convoca ha sido tratado en órganos de justicia constitucional, tanto en Europa como en Latinoamérica.

La Corte Europea de Derechos Humanos, en efecto, reconoce y admite la legislación nacional referida a la objeción de conciencia de personal médico (CEDH. P.S. vs. Polonia, aplicación número 57375-08, de 5.11.12, par. 107). La interrupción del aborto en ciertas circunstancias, conlleva, en muchos países europeos, un debate persistente sobre el alcance y titularidad del derecho a la objeción de conciencia, no solo individual, sino también por parte de las instituciones de salud, aspecto muy complejo especialmente tratándose de instituciones de carácter privado con un ideario contrario a dichas prácticas;

CENTESIMOVIGESIMOCTAVO. Que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Resolución 1763, de 2010, tuvo oportunidad de invitar a los Estados

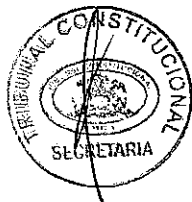




miembros del Consejo de Europa "a desarrollar marcos legales claros y completos que definan y regulen la objeción de conciencia en relación con los servicios médicos y de salud" los cuales deben garantizar "el derecho a la objeción de conciencia en relación con la participación del procedimiento en cuestión" (4.1.).h;

CENTESIMOVIGESIMONOVENO. Que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos reconoce que "los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación" (Corte IDH., caso Cantos vs. Argentina. Excepciones preliminares, serie C, N° 85-2001, par. 22 y 23). La Corte ha abierto pues la puerta para que, de manera excepcional y en ciertas circunstancias, las personas jurídicas puedan ser consideradas como titulares de ciertos derechos y obligaciones conforme al sistema interamericano. No obstante en reiteradas oportunidades ha manifestado también que las personas jurídicas no son titulares del derecho a la libertad de conciencia y de religión. Con todo esta aproximación - que como se ve no es del todo uniforme - no es vinculante para esta instancia de justicia constitucional. Como se ha expresado anteriormente en la disidencia relacionada con las causales de interrupción voluntaria del embarazo, tales enunciados no son vinculantes a su respecto, sin perjuicio de su importancia como herramienta hermenéutica, relativizada en este punto por la falta de completa uniformidad de estas decisiones;

CENTESIMOTRIGESIMO. Que, en consecuencia, este Tribunal Constitucional fundará su decisión respecto al derecho de libertad de conciencia y religión que ostentan las personas jurídicas, en materia de objeción institucional, en una perspectiva diversa de la sustentada por la Corte Interamericana, con estricto





001283

128

mil doscientos ochenta y tres

apego a la norma del artículo 19, N° 6°, pero, además, considerando las garantías contenidas en los numerales 11° y 15°, en relación con el artículo 1°, inciso tercero, de nuestra Carta Fundamental, con arreglo al desarrollo argumental de que se da cuenta en las consideraciones siguientes.

ANALISIS DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL PROYECTO DE LEY CUESTIONADO.

CENTESIMOTRIGESIMOPRIMERO. Que la objeción de conciencia, en la forma planteada por el proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, debe entenderse amparada por la dignidad de las personas que - individualmente o proyectada en su asociación con otros - se niegan a practicar cierto tipo de actuaciones (la interrupción del embarazo), por razones éticas, morales, religiosas, profesionales, u otras de señalada relevancia;



CENTESIMOTRIGESIMOSEGUNDO. Que, en efecto, ya de entrada la Constitución Política, en el artículo 1°, inciso primero, reconoce expresamente -entre las "Bases de la Institucionalidad"- la dignidad de las personas, entendida como aquella cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados (STC Rol N° 389, c. 17°). De esta forma, ninguna ley puede disponer de las personas como un medio; a un punto tal que incluso a costa de tener que enajenar las propias convicciones que la definen como persona, cual recurso humano, sea puesta a satisfacer los deseos, apetencia o necesidades de otros.

Una alienación tal implica, entonces, despojar a los destinatarios de la norma de su misma calidad de



001284 129
mil doscientos ochenta y cuatro

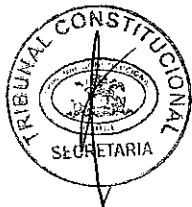
personas, e imponer la obediencia ciega frente a los dictados de una ley que desconoce el elemental derecho, a ampararse en las propias convicciones, para no llevar a cabo un acto que violente su conciencia;

CENTESIMOTRIGESIMOTERCERO. Que la objeción de conciencia, esto es, el rechazo a una práctica o deber que pugna con las más íntimas convicciones de la persona es, precisamente, una manifestación de la libertad de conciencia asegurada, en nuestra Constitución, en su artículo 19 N° 6°.

La doctrina ha señalado que la libertad de conciencia "importa la de creer en lo que se desee, sea en materia política, social, filosófica o religiosa. Es una variante de la libertad de pensamiento y comprende el derecho a pensar libremente, el derecho de cada uno a formar su propio juicio, sin interferencias." (Sagüés, Néstor Pedro. Derecho Constitucional 3 Estatuto de los Derechos. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 255).

CENTESIMOTRIGESIMOCUARTO. Que, así, es inconcuso que la objeción de conciencia puede ser interpuesta por las personas individuales; tanto más cuando la Carta Fundamental asegura expresamente a todas las personas la libertad de conciencia, en su artículo 19, N° 6°, inciso primero. Misma libertad que el texto constitucional no autoriza limitar (N° 26° del citado artículo 19), máxime cuando -como en este caso- su ejercicio incide, justamente, en el ámbito de la vida de otros seres humanos conforme a la propia convicción que se sustente;

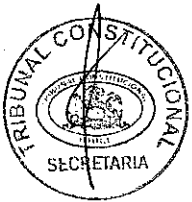
CENTESIMOTRIGESIMOQUINTO. Que, en la misma línea de razonamiento, atendida la naturaleza y peculiaridad del Proyecto de Ley en revisión, no se divisa razón jurídica alguna para restringir la objeción de conciencia solamente a las personas naturales que revistan la condición de profesionales. Cuando aquéllas que no lo son



001285
mil doscientos ochenta y cinco

también podrían tener reparos, en conciencia, frente a los procedimientos en que deben intervenir;

CENTESIMOTRIGESIMOSEXTO. Que, no es menos evidente, asimismo, que la objeción de conciencia puede ser planteada legítimamente por sujetos jurídicos o asociaciones privadas, en este caso, con arreglo a la autonomía constitucional que a los grupos intermedios de la sociedad les reconoce la propia Carta Fundamental, artículo 1°, inciso tercero. La interposición de este legítimo reparo no se agota en el orden individual, puesto que también se extiende y propaga a las asociaciones destinadas a encarnar el mismo libre pensamiento, acorde con el derecho que asegura a todas las personas el artículo 19, N° 15°, de la Constitución.



E idénticamente pueden hacerla valer las instituciones religiosas, personas jurídicas o entidades con idearios confesionales que se proyectan hacia el ámbito de la salud, al amparo del artículo 19, N° 6°, constitucional. Como también les es dable oponer la objeción de que se trata a los establecimientos educacionales con una función e ideario en el sentido indicado, de conformidad con el artículo 19, N° 11°, de la Carta Fundamental;

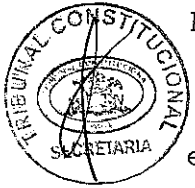
CENTESIMOTRIGESIMOSÉPTIMO. Que conviene puntualizar que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los establecimientos de enseñanza tienen un ideario que debe ser respetado. Es así como el mismo Tribunal Constitucional de España, razonando sobre la libertad de cátedra, ha afirmado que "En los centros privados, la definición del puesto docente viene dada, además de por las características propias del nivel educativo, por el ideario que, en uso de la libertad de enseñanza y dentro de los límites antes señalados, haya dado a aquél su titular, Cualquier intromisión de los poderes públicos en la libertad de cátedra del profesor sería así, al mismo



tiempo, violación también de la libertad de enseñanza del propio titular del centro (...)” Más adelante precisa que el ideario “forma parte de la propia libertad del centro.” (Sentencia 5/1981, de 13 de febrero de 1981);

CENTESIMOTRIGESIMOCTAVO. Que, en consecuencia, se declaran inconstitucionales y deberán eliminarse del proyecto de ley las siguientes expresiones contenidas en el nuevo artículo 119 ter del Código Sanitario:

1) La expresión “**profesional**”, que va entre las frases “el resto del personal” y “al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención”, que se encuentra en el inciso primero del artículo 119 ter del Código Sanitario, agregado por el artículo 1º, N° 3, del Proyecto de Ley en examen.



2) La frase impeditiva “**en ningún caso**”, que se emplea entre “es de carácter personal y” y “podrá ser invocada por una institución”, en el inciso primero del artículo 119 ter del Código Sanitario, agregado por el artículo 1º, N° 3, del citado Proyecto de Ley.

3) La frase “**Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119**”, contenida en la parte final del inciso final del nuevo artículo 119 ter, agregado por el artículo 1º, N° 3, del mismo proyecto de Ley.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 3º, e incisos cuarto y siguientes, y las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República, y en los artículos 61 y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,



001287

132

mil doscientos ochenta y siete

SE RESUELVE:

1°. Que se rechazan las impugnaciones efectuadas al artículo 1°, numeral 1°, que sustituye el artículo 119 del Código Sanitario; artículo 1°, numeral 2°, que incorpora un nuevo artículo 119 bis al Código Sanitario; artículo 1°, numeral 3°, incisos primero, salvo la voz "profesional" y la expresión "en ningún caso"; segundo; y, tercero, con excepción de la frase "Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119.", que introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario; artículo 1°, numeral 4°, que introduce un nuevo artículo 119 quáter al Código Sanitario; artículo 2°, que reemplaza el artículo 344 del Código Penal; artículo 3° del proyecto de ley, que introduce modificaciones al artículo 13 bis, inciso primero, de la Ley N° 19.451; y, al artículo transitorio, todos del proyecto de ley recaído en el Boletín N° 9895-11.



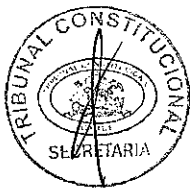
2°. Que el Tribunal Constitucional acogerá parcialmente la impugnación al artículo 1°, numeral 3°, incisos primero, en la voz "profesional" y la expresión "en ningún caso"; y, tercero, respecto de la frase "Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119.", del proyecto de ley, preceptiva que introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario y que se declara como contraria a la Constitución Política.

3°. Que, en consecuencia, esta Magistratura declara que el artículo 1°, numeral 3° del proyecto de ley, que introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario, en su parte no objetada, es del siguiente tenor:



"3. Introdúcese el siguiente artículo 119 ter:

"Artículo 119 ter. El médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso primero del artículo 119 podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. De este mismo derecho gozará el resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención. En este caso, el establecimiento tendrá la obligación de reasignar de inmediato otro profesional no objetante a la paciente. Si el establecimiento de salud no cuenta con ningún facultativo que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia. Dichos protocolos deberán asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo en conformidad con los artículos anteriores. La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución.



Si el profesional que ha manifestado objeción de conciencia es requerido para interrumpir un embarazo, tendrá la obligación de informar de inmediato al director del establecimiento de salud que la mujer requirente debe ser derivada.

En el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del número 1) del inciso primero del artículo 119, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista

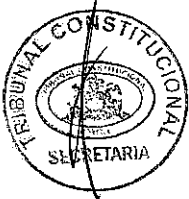
*mil doscientos ochenta y nueve*

otro médico cirujano que pueda realizar la intervención."

DISIDENCIAS

PRIMER CAPÍTULO. Despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

Los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Iván Aróstica Maldonado, Juan José Romero Guzmán y Cristián Letelier Aguilar estuvieron por acoger los requerimientos deducidos por una cuarta parte de los senadores (Rol N° 3729) así como por una cuarta parte de los diputados (Rol N° 3751), a fojas 1 de los respectivos expedientes, en base a las siguientes consideraciones:



I. EL CONFLICTO SOMETIDO A LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

1°. Que en el Rol N° 3729, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 3° de la Constitución, un grupo de senadores -que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio del Senado- ha requerido la inconstitucionalidad de una serie de preceptos del Proyecto de Ley, originado en Mensaje de S.E. de la República, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (Boletín N° 9895-11).

Los preceptos objetados, ya reproducidos en la parte expositiva, son los siguientes:



- **Artículo 1° N° 1, inciso primero, numerales 1), 2) y 3),** que autoriza la interrupción de un embarazo por un médico cirujano, mediando la voluntad de la mujer: a) Si la mujer se encuentra en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida (primera causal); b) Si el embrión o feto padece de una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal (segunda causal), y c) Si el embarazo es el resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de 12 o de 14 semanas de gestación según si la violación ha afectado a una mujer mayor o menor de 14 años.
- **Artículo 1°, incisos 2° a 14°,** excepto las dos frases finales del inciso 13° que comienzan con las expresiones "La madre podrá siempre solicitar (...)", que regulan el mecanismo necesario para que las tres causales descritas puedan operar. Concretamente, aluden a la manifestación de voluntad de la mujer (incluyendo el caso de personas con discapacidad hayan o no sido declaradas interdictas), ya sea directamente por ella, por su representante legal o a través de autorización judicial sustitutiva. Asimismo, contemplan el deber del prestador de salud de informar verazmente a la mujer sobre las características de la prestación médica conducente a la interrupción del embarazo, a las alternativas a ésta y a los programas de apoyo, social, económico y de adopción disponibles. El programa de acompañamiento también se regula detalladamente en estos preceptos.





001291 136
mil doscientos noventa y uno



- **Artículo 1° N° 2**, que se refiere a los diagnósticos médicos necesarios para que pueda operar la interrupción voluntaria del embarazo en las tres causales precisando una serie de aspectos adicionales relativos a la denuncia y procedimiento aplicable al delito de violación cuando se trata de la tercera causal.
- **Artículo 1° N° 3**, que regula la objeción de conciencia que pueden plantear el médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo como el resto del personal profesional que haya de intervenir en ese acto al interior del pabellón quirúrgico. Se excluye la objeción de conciencia institucional.
- **Artículo 1° N° 4**, que prohíbe la publicidad de establecimientos y procedimientos en que se practique la interrupción del embarazo.
- **Artículo 2°**, que reemplaza el artículo 344 del Código Penal para adaptarlo a la nueva regulación.
- **Artículo 3°**, que modifica la Ley N° 19.451 sobre trasplante y donación de órganos, y
- **Artículo transitorio** que regula el plazo para que las prestaciones de salud asociadas a la interrupción voluntaria de un embarazo se hagan exigibles así como la forma de financiamiento del sistema que se asocia a aquellas;

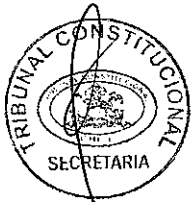
2°. Que las contravenciones constitucionales denunciadas en este primer requerimiento dicen relación con los artículos 6°, 7°, 19, N° 1°, inciso segundo, y N° 2° de la Carta Fundamental;

3°. Que en el Rol N° 3751, y en virtud del mismo artículo 93, inciso primero, N° 3° de la Constitución, un grupo de diputados -que representan más de la cuarta



parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados- ha requerido la inconstitucionalidad de los mismos preceptos del proyecto de ley indicados precedentemente, con las salvedades que se indican a continuación:

- En el caso del **artículo 1° N° 1, inciso 13**, se impugna también aquella parte que, al final de esa norma, señala que "La madre tendrá siempre derecho" (a solicitar que el acompañamiento sea otorgado por instituciones u organizaciones de la sociedad civil debidamente acreditadas mediante decreto supremo dictado por el Ministerio de Salud).
- En el **artículo 1° N° 2, el inciso quinto**, referido a la obligación de los jefes de establecimientos hospitalarios o clínicas particulares de poner en conocimiento el delito de violación perpetrado contra una mujer mayor de 18 años. Asimismo, el **inciso séptimo** de este artículo que dice relación con la comparecencia siempre voluntaria de la víctima a los actos del procedimiento en el caso que se persiga el delito de violación así como con la prohibición de decretar en su contra medidas de apremio.



Las normas constitucionales que se estiman transgredidas por los preceptos indicados del proyecto de ley son los artículos 1°, incisos tercero y cuarto; 5°, inciso segundo; 6°, inciso segundo y 19, N°s 1°, incisos primero y segundo, 2°, 6°, inciso primero; 15°, inciso primero y 26° de la Carta Fundamental;

4°. Que, a diferencia de lo sostenido por la mayoría de este Tribunal, estos Ministros disidentes aprecian que el fundamento toral de las diversas impugnaciones contenidas en ambos requerimientos consiste en que, al regular el proyecto de ley cuestionado -por la



001293
mil doscientos noventa y tres ¹⁸⁸

vía de un nuevo derecho de configuración legal (a una prestación de salud)- la interrupción del embarazo basado en la voluntad libre de la mujer se vulnera el derecho a la vida "del que" está por nacer asegurado en el artículo 19 N° 1° de la Constitución Política. Al proceder el legislador de esa manera transgrediría el deber que le impone esa misma norma constitucional de brindar protección al *nasciturus*;

II. CONSIDERACIONES PREVIAS DE ESTE VOTO.

5°. Que, coincidiendo con la mayoría en esta sentencia, no escapa a la consideración de estos Ministros que el asunto que se ha planteado al Tribunal Constitucional tiene múltiples connotaciones (éticas, culturales, sociales, médicas). Sin embargo, la decisión a la que se arribe debe estar fundada en estrictas consideraciones propias del Derecho de la Constitución (utilizando la expresión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica), no de la que nos gustaría leer sino que de la que está vigente. Es esta perspectiva la que resulta acorde a su naturaleza de un tribunal de derecho aún cuando deba resolver cuestiones arraigadas en convicciones diversas desde las perspectivas antes mencionadas.

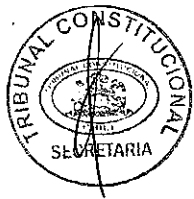
Al mismo tiempo, interpretar la Constitución no es lo mismo que interpretar cualquier ley. Como dice Guastini, "La existencia misma de una (amplia) bibliografía sobre la interpretación constitucional sugiere con toda evidencia que la interpretación de un texto constitucional es algo decididamente distinto de la interpretación de otros textos jurídicos (la ley, en particular): se supone que la interpretación de la Constitución demanda métodos especiales, diferentes de los que normalmente son utilizados en la interpretación de la ley." (Guastini, Riccardo. Teoría e ideología de la



*mil doscientos noventa y cuatro*

interpretación constitucional. Editorial Trotta, 2008, pp. 53-54)

De allí que teniendo presente la naturaleza misma de la Constitución cuya infracción se ha denunciado en estos autos, los razonamientos que se contienen en este voto se basarán, especialmente, en los siguientes principios de interpretación constitucional: a) supremacía constitucional; b) unidad de la Constitución; c) fuerza normativa directa de la Constitución; d) interpretación conforme con la Constitución; e) racionalidad y razonabilidad; y f) proporcionalidad o prohibición de exceso;



6°. Que, entrando derechamente al análisis del proyecto cuestionado, cabe tener presente que, en el traslado evacuado por S.E. la Presidenta de la República, se ha puesto énfasis en que *"el proyecto de ley impugnado fue extensamente debatido en el Congreso Nacional"* durante sus más de dos años de tramitación alcanzando un alto grado de acuerdo, al que se une una amplia aprobación ciudadana (fojas 330 y 331). Tal circunstancia obligaría a esta Magistratura a ser particularmente deferente con el legislador a través de la "presunción de constitucionalidad de la ley" (fojas 331).

El traslado evacuado por la Cámara de Diputados, a su turno, también se refiere a dicha deferencia y a la presunción de constitucionalidad en que se expresa argumentando, a mayor abundamiento, que *"el control de constitucionalidad no puede sustituir al control político y al control social del poder."* (Fojas 324);

7°. Que, al respecto, estos Ministros disidentes dejan constancia de que el control de constitucionalidad abstracto que hoy ejercen, no desconoce ni la presunción de constitucionalidad de la ley ni la necesaria deferencia a la obra del legislador, principios largamente asentados en la jurisprudencia de este Tribunal. (Valenzuela Somarriva, Eugenio. *Criterios de*

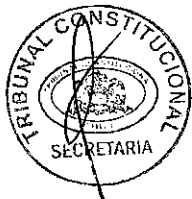


001295

mil doscientos noventa y cinco

interpretación constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional. En: Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 31, 2006, p. 35 y siguientes).

Por el contrario, el control activado como consecuencia de la presentación de dos requerimientos parlamentarios sobre el proyecto de ley que hoy nos ocupa, se inserta dentro del sistema de *checks and balances* o de frenos y contrapesos que es propio del Estado de Derecho (STC Rol N° 681, considerando 7°). Aún más, se trata de un control destinado a hacer eficaces los principios de supremacía constitucional y de vinculatoriedad directa de los preceptos de la Carta Fundamental respecto de todo órgano del Estado, incluyendo al legislador (artículo 6°, incisos primero y segundo, de la Constitución);



8°. Que el respeto a la supremacía constitucional que la Constitución exige a todos los órganos del Estado en el inciso primero del artículo 6° de la Carta Fundamental adquiere una especial relevancia cuando se encuentran comprometidos los derechos fundamentales. Como ha dicho Luigi Ferrajoli, "la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera exigencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre sometida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con elegir los únicos significados válidos, o sea, **compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas.**" (Énfasis

001296
ciento noventa y seis

agregado). (Derechos y garantías. *La ley del más débil*. Editorial Trotta, 2010, p. 26).

Por lo anterior es que, siguiendo al mismo autor, "Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social." (Ibidem, p. 24).

Sobre la misma idea, "podemos afirmar que a partir de la configuración del Estado democrático de derecho o de la democracia constitucional, la regla de la mayoría dejó de ser una simple valoración numérica para convertirse en un principio dual de protección, como lo es el de la mayoría y minoría, en la medida en que tanto la actividad de los más, como la de los menos, se encuentra sometida al respeto y garantía de los derechos, valores y principios consagrados en la Constitución de cada Estado." (Amaya, Jorge Alejandro. *Control de constitucionalidad de la ley*. 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 85);

9°. Que, en consecuencia, las afirmaciones vertidas en este proceso por dos de los órganos colegisladores no se avienen con la vigencia de un auténtico Estado Democrático de Derecho donde el parecer de las mayorías queda subordinado al respeto irrestricto de los derechos fundamentales que no son creados, por cierto, por la Constitución, sino que simplemente reconocidos y asegurados por ella. Esta afirmación se sustenta en que los derechos fundamentales son el reconocimiento, en el ordenamiento jurídico positivo, de aquellas facultades inherentes al ser humano, desde que es tal.

Por lo mismo, en la sentencia Rol N° 740, este Tribunal afirmó que el significado del verbo "asegurar", contenido en el encabezado del artículo 19 constitucional importa: "a) que sólo puede asegurarse lo que existe previamente; b) que la condición de seguridad que el Constituyente desea brindar a los derechos que reconoce





001297
mil doscientos noventa y siete¹⁴²

importa hacer cesar cualquier transgresión o vulneración que, más allá de los propios límites previstos en la Carta, puedan experimentar tales derechos, como también impedir la amenaza o peligro inminente que pueda afectarlos; y c) que deben diseñarse e implementarse todos los mecanismos necesarios para brindar efectiva protección tanto a la titularidad de tales derechos cuanto a su ejercicio" (considerando 47°);

10°. Que no cabe duda, entonces, que nuestra Carta Fundamental ha abrazado una concepción garantista. Ello se ve reforzado por el deber que se impone a los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados tanto por la Constitución cuanto por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (artículo 5°, inciso segundo);

11°. Que, de esta forma, quienes suscriben este voto enfocarán el juzgamiento que se ha requerido del Tribunal Constitucional desde una perspectiva estricta de derechos fundamentales como son los que se reconocen a la vida y a la integridad física y psíquica de toda mujer, así como a la vida del más débil y vulnerable de los seres humanos: el que está por nacer.

La afirmación que precede cobra toda su relevancia si se conviene en que la única forma en que la decisión del legislador -materializada en el proyecto de ley que se examina- cobrará legitimidad democrática, consiste en que esté dotada de una fundamentación racional desde la perspectiva de los derechos fundamentales concernidos. Siguiendo a Luis Prieto Sanchís, "[...] los derechos fundamentales en el Estado constitucional se caracterizan por presentar una especial fuerza o resistencia jurídica frente al legislador y, en general, frente a los poderes públicos. Dicha resistencia se traduce básicamente en la exigencia de justificación de toda medida limitadora, exigencia que cercena la discrecionalidad política del





001298

143

mil doscientos noventa y ocho

legislador y que añade **un elemento suplementario de legitimidad:** en materia de libertades, incluso la constitucionalidad o validez de una ley no reside sólo en el principio de competencia (...) sino que requiere también un respeto material o sustantivo al contenido de los derechos, respeto que a la postre **implica una exigencia de fundamentación racional de la decisión legislativa.**"

(Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Editorial Palestra, Lima, 2007, pp. 75-76);

12°. Que, por las razones expresadas, este voto afirmará que el proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales carece de la debida fundamentación racional para justificar la vulneración del derecho a la vida del ser humano que está por nacer y, particularmente, la infracción del legislador a su deber constitucional de proteger tal derecho. De esta forma, resulta necesario referirse, en primer término a la concepción constitucional de la persona y a la titularidad del derecho a la vida en los términos asegurados por la Carta Fundamental.



III. LA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE PERSONA.

13°. Que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, señala, en su artículo 1° que: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros." Agrega, en el inciso primero de su artículo 2°, que: "Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición.";



14°. Que, al tenor, de la Declaración ya citada, cabe preguntarse quiénes son los titulares de los derechos fundamentales.

Entre nosotros, se ha señalado que esa titularidad se asocia a "la definición de los sujetos de derecho habilitados para invocar, como títulos de defensa todos o algunos de los derechos libertades reconocidos en el elenco del art. 19 constitucional." (Núñez, Manuel. *Titularidad y sujetos pasivos de derechos fundamentales*. En: *Revista de Derecho Público*, Vol. 63, Tomo I, 2001, p. 200);

15°. Que, a partir de dicho concepto, la doctrina ha radicado la titularidad de los derechos fundamentales en la "persona" en cuanto individuo de la especie humana.

Así, Carlos Nino, ha sostenido que "Siendo **la propiedad de ser individuos humanos la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos**, todos los hombres tienen un título igual a ellos (salvo que se sostuviera, como algunos partidarios de la esclavitud y del aborto han pensado, que la humanidad es una propiedad que puede presentarse en distintos grados)." (Énfasis agregado). (Citado por Nogueira Alcalá, Humberto. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo III. Editorial Librotecnia, Santiago, 2007, p. 47).

Humberto Nogueira argumenta, por su parte, que "la titularidad de los derechos es independiente de la edad y de la capacidad jurídica de la persona, incluso el nasciturus es titular del derecho a la vida." (Énfasis agregado). (Nogueira, Ob. Cit., p. 48).


Eduardo Aldunate agrega que "los derechos fundamentales surgen en primera línea como derechos de todo individuo de la especie humana.";

16°. Qué lo anterior encuentra perfecta conexión con lo prescrito en el artículo 25 de nuestro Código Civil: "Las palabras hombre, persona, niño, adulto y otras



semejantes **se aplican a individuos de la especie humana**, sin distinción de sexo (...)." Y también en el artículo 55 de ese mismo cuerpo legal que indica: "Son personas **todos los individuos de la especie humana**, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición. Divídense en chilenos y extranjeros." (Énfasis agregado);

17°. Que, en esta misma línea, se ha pronunciado la jurisprudencia.



En su sentencia de 27 de julio de 1994, el Consejo Constitucional francés recordó que en el Preámbulo de la Constitución de 1946 -que forma parte integrante del bloque constitucional-, después de la victoria obtenida con la Revolución, el pueblo francés proclamó la novedad de que **todo ser humano**, sin distinción de raza, de religión ni de diferencia, posee unos derechos inalienables y sagrados proclamando, también, que la salvaguarda de **la dignidad de la persona humana** contra toda forma de avasallamiento y de degradación es un principio de valor constitucional. (Sentencia 94/343DC, cons. 2, p. 100). (Énfasis agregado).

El Supremo Tribunal Federal del Brasil, entretanto, ha sostenido que "[Cuando] el Magno Texto Federal se refiere a "derechos de la persona humana" y también a "derechos y garantías individuales" como cláusula pétrea está hablando de **derechos y garantías del individuo-persona que se ha hecho destinatario de los derechos fundamentales** a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, entre otros derechos igualmente distinguidos con el timbre de fundamentalidad (como el derecho a la salud y al planeamiento familiar)". (ADI 3.510, Rel.Min.Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenario DJE de 28-5-2010). (Énfasis agregado);

18°. Que si, a la luz de los antecedentes doctrinales, legales y jurisprudenciales recordados, persona es todo individuo de la especie humana cabe precisar, para efectos de este pronunciamiento, cuál es



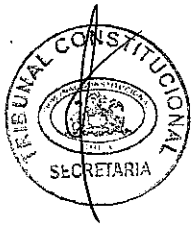
001301

146

mil trescientos uno

el alcance de la voz "persona" que se utiliza en el artículo 19 N° 1° de la Constitución en directa conexión con su artículo 1°, inciso primero, pues la Constitución debe interpretarse como una unidad lo que supone que "ningún enunciado normativo de la Carta Fundamental puede analizarse e interpretarse exclusivamente a partir de sí mismo". (Nogueira Alcalá, Humberto. *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*. Editorial Librotecnia, Santiago, 2006, p. 114).

En este sentido, resulta necesario destacar el cambio en la redacción del artículo destinado a asegurar los derechos constitucionales desde la Carta de 1925 a la que hoy nos rige.



Como se sabe, el artículo 10 de la Constitución de 1925 tenía como encabezado la oración: "La Constitución asegura a todos **los habitantes de la República**". El artículo 19 de la actual Carta señala: "La Constitución asegura a todas **las personas**."

En el documento Metas u Objetivos Fundamentales para la Nueva Constitución Política, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución afirmó que la normativa constitucional a desarrollar estaría fundada, entre otros aspectos, en "la afirmación de que los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana y no nacen del reconocimiento que les brinde determinado Estado, siendo, por tanto, anteriores y superiores a todo ordenamiento jurídico."

En la Sesión N° 156ª, del 7 de octubre de 1975, y a propuesta de la Subcomisión de Estudios sobre el Derecho de Propiedad, se discutió el cambio del enunciado del artículo 10 de la Carta de 1925 por el que actualmente registra el artículo 19 constitucional. En dicho debate, se dejó constancia que se trataba de superar el esfuerzo dialéctico que implicaba la expresión "habitantes de la



001302

mil trescientos dos

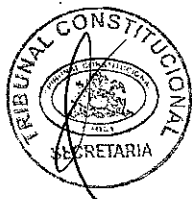
República", que además circunscribía su ámbito espacial. Así, José María Eyzaguirre llamó a "usar la palabra *personas*", que es **el verdadero sujeto de derecho** y que tiene una connotación filosófica mucho más clara que el término "habitantes", por cuanto la persona es un ser que está dotado de mucho mayor trascendencia que el habitante."

A su turno, en el debate de la reforma constitucional de la Ley N° 19.611, que modificó los artículos 1°, inciso primero, y 19 N° 2° de la Carta para acoger expresamente la igualdad entre el hombre y la mujer, se explicó que el vocablo "persona", que se sugirió para la primera de esas normas "corresponde a un lenguaje técnico jurídico neutro (...) que es, precisamente, el que la Constitución utiliza en el mismo precepto como en el artículo 19, que tiene a las "personas" como **sujeto de los derechos que la misma norma consagra.**" (Intervención del Senador Hamilton. Historia de la Ley N° 19.611, p. 96)

De allí que, en la concepción que explica el encabezado del artículo 19 de la Constitución (y al que también alude el artículo 1°, inciso primero), "persona" es equivalente a "sujeto de derechos";

19°. Que, en esta misma línea argumental, debe recordarse que este Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el significado del enunciado contenido en el artículo 19 -"La Constitución asegura a todas las personas"- en la sentencia Rol N° 740, en el año 2007. Asimismo, y en ese mismo dictamen, se refirió a los alcances del derecho a la vida siguiendo el razonamiento ya efectuado previamente en su sentencia Rol N° 220;

20°. Que los pronunciamientos aludidos constituyen, sin duda, una fuente de referencia obligada para resolver el presente conflicto constitucional pues, aunque, en Chile, no existe el sistema de precedente obligatorio, no es menos cierto que, conforme a las reglas generales,





001303
mil trescientos tres

148

este Tribunal no puede apartarse de la doctrina fijada en anteriores fallos. Dicha afirmación solo cede si el mismo Tribunal entrega, en la nueva sentencia, argumentos para desvirtuar o superar lo ya razonado. En efecto, aun cuando el Tribunal Constitucional debe estar abierto a la adaptación de las normas constitucionales a las nuevas realidades sociales, "la modificabilidad de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional tiene, sin embargo, el condicionante de su motivación; toda modificación debe quedar explicitada y razonada de tal forma que su capacidad de adaptación queda sujeta a un imperativo elemental de seguridad jurídica **y a la garantía y lealtad a los principios consagrados en la Constitución.**" (Énfasis agregado). (García Martínez, María Asunción. *El control de constitucionalidad de las leyes*. Jurista editores, Lima, 2005, p. 300).



Como se comprobará, la sentencia de la que se discrepa no entrega argumentos suficientes que permitan desvirtuar lo razonado y decidido en la sentencia Rol N° 740. Cabe recordar, con todo, que el conflicto decidido por ese pronunciamiento sólo invocaba la vulneración del derecho a la vida del que está por nacer como consecuencia de la distribución gratuita de un fármaco, al que se atribuían efectos abortivos, y sin relación con otros derechos fundamentales concernidos;

21°. Que el presente conflicto constitucional difiere del que se ha indicado, pues el proyecto de ley cuestionado presenta una aparente colisión entre derechos reconocidos a titulares distintos: la madre, por un lado, y la criatura que se encuentra en su vientre, por otro, que se resuelve por el legislador a favor de la primera;

22°. Que, S.E. la Presidenta de la República ha afirmado, al evacuar su traslado en estos autos, que "debe considerarse que la Constitución distingue a las personas de los embriones o fetos" reconociendo un estatuto distinto para ambos" (fojas 351) agregando que

"son las personas quienes detentan el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica y que el que está por nacer se encuentra en un estatuto distinto al de la personalidad. Ello, tanto por la expresa mención que se hace "del que está por nacer", no entendiéndolo subsumido a la categoría de persona, unido a que esa mención se hace en un inciso diferente dentro del numeral. Todo indica que se trata de un caso especial" (fojas 351 y 352).

Sin perjuicio de que en el capítulo que sigue abordaremos el estatuto constitucional de "el que" está por nacer, cabe señalar que la apreciación de la Jefa de Estado se afirma en cierta doctrina que distingue entre la persona como titular de derechos fundamentales y el titular de un mero "derecho de protección", pretendiendo ver una diferencia conceptual entre el inciso primero y el inciso segundo del artículo 19 de la Carta Fundamental, la que no tiene asidero en nuestro derecho constitucional.

Eduardo Aldunate es uno de los académicos que señala que el que está por nacer está excluido de la calidad de persona (en conformidad a la posición tradicional de nuestro Derecho Civil, y de acuerdo al momento del nacimiento fijado en el artículo 1°, inciso primero, de la Constitución). A su juicio, el que está por nacer es "solo titular del derecho de protección previsto por esta disposición. Afirmar que un individuo tiene la calidad de persona desde el momento de la concepción es sustentable desde un punto de vista extra-jurídico, pero no parece encontrar fundamento en la estructura del art. 19." (La titularidad de los derechos fundamentales. En: Estudios Constitucionales Año 1, N° 1, 2003, p. 191);

23°. Que la tesis sustentada por la Presidenta de la República en orden a que el que está por nacer -o nasciturus- carecería de la titularidad de derechos fundamentales por no estar comprendido en la concepción



001305
mil trescientos cinco

constitucional de persona parece identificarse con la concepción legal de persona que se desprende del Código Civil. En ese contexto, y durante las audiencias públicas sostenidas durante la sustanciación del presente proceso constitucional se escucharon intervenciones que conducían a afirmar que la persona no comprende al ser concebido y no nacido de modo que éste no es titular de derechos (Camila Maturana por Corporación Humanas) comenzando a ser persona sólo al momento del nacimiento. Tal aseveración se fundó en lo dispuesto en el artículo 74 del Código Civil;



24°. Que el intento forzado de identificar la concepción constitucional con la concepción simplemente legal de la persona cae por su propio peso si se atiende, detenidamente, a la historia de la reforma constitucional de junio de 1999 (Ley N° 19.611) que consagró la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer reemplazando, en el inicio del artículo 1°, inciso primero, de la Carta Fundamental la expresión "Los hombres" por "Las personas" (nacen libres e iguales en dignidad y derechos);

25°. Que, precisamente, en el debate sostenido durante el primer trámite constitucional de esa reforma, en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, se advirtió, entre otras observaciones y comentarios, que "la fórmula propuesta, en cuanto mantiene el verbo "nacer" es imperfecta, porque podría sostenerse que después de nacidos los hombres y las mujeres dejarían de ser iguales." (Historia de la Ley N° 19.611, p. 14).

Por su parte, durante la ratificación de esa reforma por el Congreso Pleno, el Presidente del Senado, senador Andrés Zaldívar, manifestó que "el diccionario entrega la siguiente definición de "persona": "Individuo de la especie humana." Por tanto, **se es persona desde el momento de la concepción o gestación.** Y los derechos del individuo se encuentran amparados por las normas constitucionales. Además, de acuerdo con el párrafo

001306
mil trescientos seis

segundo del N° 1° de la Carta, la ley también debe proteger la vida del que está por nacer." (Énfasis agregado). (Historia de la Ley N° 19.611, p. 246).

El senador Hernán Larraín manifestó, en idéntico sentido, que "han surgido algunas inquietudes respecto de la utilización del vocablo "personas" en conjunto con el verbo "nacer", lo que podría prestarse en el futuro a una errónea interpretación de la voluntad del constituyente. Así, alguien podría entender que, producto de esta nueva redacción, se estaría quitando el reconocimiento como "persona" al embrión humano antes de su nacimiento. Y si así fuere, quedaría despejado el camino para que los partidarios de interrumpir el embarazo o legalizar el aborto pudiesen asirse de esta redacción, como si el feto no fuere un ser humano."



Añadió que "en la propia Cámara Alta, ante una inquietud presentada por el Honorable señor Bombal destinada a esclarecer el sentido en que debía interpretarse esta nueva redacción, en mi calidad de Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado señalé que era del todo evidente que en la modificación introducida no había ninguna innovación respecto del sentido que la actual norma constitucional tiene en la materia, toda vez que el cambio buscaba consagrar la igualdad esencial entre hombres y mujeres, y no modificar la naturaleza del ser que se halla en el seno materno. Abona esta interpretación el artículo 19, número 1), inciso segundo, de la Carta Fundamental cuando dispone que "La ley protege la vida del que está por nacer", lo cual constituye un explícito reconocimiento de la existencia de un "ser vivo" en el seno materno, que la ley debe proteger." Finaliza indicando que **"el constituyente no ha pretendido, bajo ningún concepto, modificar, ignorar, reducir o suprimir el reconocimiento de la personalidad constitucional que nuestro ordenamiento confiere en forma**



001307

152

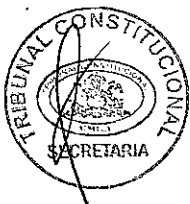
mil trescientos siete

inequívoca a hombres y mujeres desde el momento mismo de la concepción, esto es, desde el instante en que empieza la vida." (Énfasis agregado) (Historia de la Ley N° 19.611, p. 229);

26°. Que las diversas constancias consignadas en el trámite de ratificación de la reforma constitucional aludida -de las que sólo se han extraído algunas para efectos de la argumentación central de este voto- demuestran que el Constituyente Derivado entendió que la persona, como sujeto de derecho, no se inicia con el nacimiento sino que antes: con la concepción.

Difícilmente los detractores de la legitimidad de la Constitución vigente podrían refutar un argumento consolidado en plena vigencia de nuestra democracia, ante el Congreso Pleno, y a propósito de un objetivo tan acorde con la dignidad humana como es consagrar, en el texto de la Carta Fundamental, la igualdad entre el hombre y la mujer;

27°. Que lo expresado sólo viene a confirmar lo explicado durante las audiencias públicas desarrolladas en estos autos en el sentido de que la existencia "legal" de la persona, marcada por su nacimiento, a la que alude el artículo 74 del Código Civil, sólo se refiere a la consolidación de su capacidad patrimonial (intervención del profesor Hernán Corral por la Fundación Chile Siempre). Precisamente, el contenido preceptivo del artículo 77 del Código Civil indica que "Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, **estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe.** Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 74, inciso 2°, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido." (Énfasis agregado).





Por lo demás, y como indicó el profesor José Manuel Avilés, que intervino en representación de la Fundación Luis Claro Solar, no es posible interpretar la Constitución conforme a normas legales, como la Ley N° 20.584, que regula los Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, ni tampoco conforme a las opiniones que algunos miembros de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución manifestaron aisladamente al discutirse la regulación del derecho a la vida;

28°. Que, así, no se puede confundir o identificar la concepción constitucional de la persona, en cuanto titular de derechos fundamentales, con la concepción legal de la misma, en cuanto titular de derechos subjetivos, sobre todo, de carácter patrimonial.

Y es que los derechos fundamentales pueden coincidir, en algunos casos, con los derechos subjetivos, pero exigen algo más. Así, para tener el carácter de derechos fundamentales deben estar revestidos de propiedades formales y materiales de las cuales no participan todos los derechos subjetivos, sobre todo, porque fuera de estar recogidos en una fuente positiva (la Constitución o los tratados internacionales de derechos humanos), protegen facultades morales de la persona, su capacidad de discernimiento o la satisfacción de sus necesidades básicas (como la alimentación) y aseguran la igualdad en el ejercicio de las facultades derivadas del respectivo derecho fundamental (Bernal Pulido, Carlos. *El carácter fundamental de los derechos fundamentales*. En: Clérico, Laura; Sieckmann, Jan-R y Oliver-Lalana, Daniel. *Derechos fundamentales, principios y argumentación: Estudios sobre la Teoría Jurídica de Robert Alexy*. Granada, 2011).

IV. EL DERECHO A LA VIDA DEL QUE ESTÁ POR NACER.

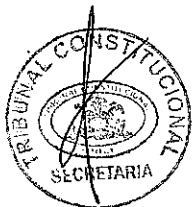
001309
mil trescientos nueve

29°. Que el artículo 19 N° 1°, incisos primero y segundo, cuya infracción ha sido denunciada en estos autos, a propósito del Proyecto de Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, señala que: "La Constitución asegura a todas las personas: "1°. El derecho a la vida y a la integridad física y síquica de la persona. La ley protege la vida el que está por nacer.";

30°. Que el requerimiento de una cuarta parte de los diputados se pregunta: "¿Cuál es la razón, entonces, por la cual se ha estimado por algunos autores que el artículo N° 1 asegura la vida de las personas nacidas en su inciso 1°, con el peso de la Constitución, y sólo protegería legalmente al que "está por nacer" en su inciso 2°? Es decir, se trataría de una protección diferenciada y de distinto rango?" (Fojas 50).

La respuesta a esa interrogante es clara: no existe diferencia sostenible entre los incisos primero y segundo del mencionado artículo 19 N° 1°, pues ambos dicen relación con el derecho a la vida (y a la integridad física y psíquica) de las "personas";

31°. Que ya se ha demostrado que nuestra Constitución asegura los derechos fundamentales a "todas las personas", concepto que, después de la reforma constitucional de 1999 (Ley N° 19.611), comprende, inequívocamente, a todo individuo de la especie humana, incluido "el que está por nacer". Muestra de aquello es la intervención del senador Hernán Larraín quien, durante el segundo trámite constitucional de dicha reforma, expresó que el cambio de la expresión de "los hombres y las mujeres" por "las personas", en el inciso primero del artículo 1° de la Carta Fundamental, "no altera la búsqueda de igualdad como objetivo central de la iniciativa y no cambia la noción sobre el término "persona" que, dentro de la tradición jurídica, **ha incluido como sujeto de derecho al que está por nacer.**"



001310
mil trescientos diez

(Historia de la ley N° 19.611, p. 154) (Énfasis agregado).

A mayor abundamiento, el senador José Antonio Viera-Gallo coincidió con la proposición planteada en el sentido de utilizar la palabra "personas" en el artículo 1° y de incorporar las menciones diferenciadoras de "hombre" y "mujer" en el artículo 19. Al respecto puso de relieve que "el constituyente utiliza estos mismos términos, en las mencionadas disposiciones y en otras, así como otras expresiones concordantes, por ejemplo, "nadie", "el que", "toda persona", "todo individuo", "todo habitante", "cualquiera", "toda persona natural o jurídica"". (Historia de la ley N° 19.611, p. 97);



32°. Que, en consecuencia, el hecho de que el inciso segundo del artículo 19 N° 1° constitucional disponga que "La ley protege la vida del que está por nacer" no importa una diferencia significativa con el inciso primero de esa misma norma que asegura a "todas las personas" el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. Expresado en otros términos, ese especial mandato o habilitación conferida al legislador no altera la titularidad del derecho fundamental a la vida y a la integridad física y psíquica que se asegura a "toda persona", incluyendo al que está por nacer. Por el contrario, **se trata de una especificación de la protección constitucional de la vida** que adquiere una especial dimensión de protección cuando el titular del derecho es especialmente vulnerable porque está en plena etapa de desarrollo y porque aún no puede manifestar su voluntad;

33°. Que, en el mismo sentido que se viene expresando, la Constitución asegura a "todas las personas" el derecho a defensa jurídica como parte de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (artículo 19 N° 3°, inciso primero, de la Constitución Política). Precisa la Ley Suprema que "la

001311
mil trescientos once

ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a **quienes** no puedan procurárselos por sí mismos" (artículo 19 N° 3°, inciso tercero, de la Constitución Política).

Por su parte, el artículo 20 constitucional reconoce como legitimado activo del recurso de protección de las garantías constitucionales a "**el que**" por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías que esa norma indica.

Nadie podría afirmar, con seriedad, que cada una de esas normas constitucionales no aluden a titulares de derechos fundamentales porque no repiten el enunciado del artículo 19: "**[T]odas las personas**". Contrariamente a lo sostenido por el abogado Alfredo Etcheverry, en estrados, quien afirmó que la expresión "**el que está por nacer**", insertada después del epígrafe "la Constitución asegura a todas las personas...", "debería haber dicho que la ley protege la vida **de LA que está por nacer** (esto es, el sustantivo elidido (sic) o subentendido "persona"), giro que se justifica en cambio en el C. Civil donde expresamente no se le considera todavía legalmente persona". (Minuta de alegato, pp. 5 y 6). En este punto también discrepamos con la mayoría de esta Magistratura;

34°. Que si bien bastaría con mencionar las constancias contenidas en la tramitación de la reforma constitucional del año 1999 para descartar toda insinuación de que el derecho a la vida no se le asegura al que está por nacer, en cuanto titular de derechos fundamentales, cabe recordar que la jurisprudencia previa de esta Magistratura, contenida en la sentencia Rol N° 740, llegó a la misma conclusión.

En efecto, en esa sentencia se sostuvo que "queda claro que, para el Constituyente -y a diferencia del examen que pueda desprenderse de normas legales



001312
mil trescientos doce

determinadas- el embrión o el nasciturus es persona desde el momento de la concepción" (considerando 54°).

La jurisprudencia recordada se aviene con aquella emanada de la Corte Europea de Derechos Humanos que jamás ha cerrado la puerta para que el no nacido sea considerado persona para efectos de la protección del artículo 2 de la Convención Europea, y en cambio ha mantenido **un amplio margen de apreciación** para que cada Estado tome su propia posición sobre el inicio de la vida humana y la consiguiente personalidad. Muestra de ello son las sentencias Vo vs. France, de 2004 y A, B y C vs. Irlanda, de 2010, en las que la Corte ha descartado la existencia de un consenso europeo en torno a un supuesto derecho al aborto (referidas en el Informe en Derecho del profesor Francisco Orrego Vicuña, acompañado a estos autos, p. 10).



Puede observarse, entonces, que la tesis de la famosa sentencia Roe vs. Wade, de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, de 1973, -citada en el voto de mayoría- según la cual la controversia sobre cuando comienza la vida es una que no ha alcanzado una respuesta definitiva por la filosofía, la teología o la ciencia, por lo que el tribunal no podía especular al respecto, ha sido derechamente superada en nuestros días;

35°. Que, sobre la base de lo expresado y siendo irrefutable afirmar que, en nuestra Constitución, el ser humano es titular de derechos fundamentales desde el momento mismo que es concebido, es necesario preguntarse: ¿Cuál es la naturaleza del mandato que se confiere al legislador en el inciso segundo del artículo 19 N° 1 constitucional?

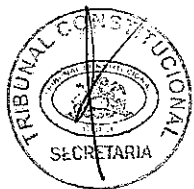
Lo anterior resulta determinante de precisar en este conflicto, pues la acción deducida por una cuarta parte de los senadores sostiene que "la base de este requerimiento radica en solicitar la declaración de inconstitucionalidad del Artículo 1° N° 1° inciso 1° del



proyecto de ley, en cuanto admite tres causales de aborto directo o provocado -denominado interrupción voluntaria del embarazo- que pugnan con el deber que la Constitución ha impuesto a la ley en su artículo 19 N° 1° inciso 2°, en orden a proteger siempre la vida del que está por nacer, en relación con lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental y, también, por cuanto vulnera lo establecido en el artículo 19 N° 2° de la Constitución." (Fojas 9);

36°. Que, como se ha recordado, para S.E. la Presidenta de la República, lo que consagraría el inciso segundo del artículo 19 N° 1° de la Constitución sería simplemente el "deber de protección" de la vida del que está por nacer, que no es lo mismo que afirmar la titularidad del derecho fundamental a la vida a su respecto. Sobre este punto, y en las audiencias públicas, fue frecuente escuchar que esta interpretación se apoyaría, entre otros precedentes, en lo fallado por el Tribunal Constitucional federal alemán, en sus sentencias de los años 1975 y 1993 (intervenciones de los profesores Cristián Riego, por ANAMURI A.G. y APROFA y Verónica Undurraga, por la Asociación por los Derechos de la Diversidad Rompiendo el Silencio y Asociación Gremial de Mujeres Abogadas, así como de Nicolás Godoy por Fundación Alameda). Específicamente, se aludió a que, en su sentencia del año 1975, dicho Tribunal sentenció que no hacía falta resolver la cuestión -controvertida tanto en la jurisprudencia como en la literatura científica- de determinar si el *nasciturus* como tal es portador de derechos fundamentales o si, por falta de capacidad jurídica su derecho a la vida resulta protegido "únicamente" por las normas constitucionales objetivas (capítulo I, 3 de la sentencia de la Primera Sala, de 25 de febrero de 1975).

Sobre el particular, debe tenerse presente que la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, no tiene una regulación



001314
mil trescientos catorce

idéntica en materia de derecho a la vida a la que tiene nuestra Constitución Política. En efecto, su artículo 2.(2) expresa que: "Toda persona tiene el derecho a la vida y la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley."

De la comparación entre este texto y el de nuestro artículo 19 N° 1°, inciso segundo, constitucional, se aprecia que no existe identidad. En efecto, la Constitución alemana no contiene un encargo o habilitación específica al legislador como la que se contempla en el inciso segundo del artículo 19 N° 1°: "La ley protege la vida del que está por nacer".

37°. Que, además, la sentencia de 28 de mayo de 1993, de ese mismo Tribunal, afirmó que: "En la presente resolución, no hace falta decidir si la vida humana comienza ya con la fusión del óvulo y el espermatozoide, como lo sugieren los conocimientos aportados por la antropología médica" (Capítulo I, N° 1, a)) para luego desarrollar, en extenso, el deber de protección de la vida del que está por nacer.

En este punto, también no podemos asimilarlos al precedente alemán, pues en la sentencia Rol N° 740 se sostuvo que "si al momento de la concepción surge un individuo que cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo, constituyéndose en un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre -como ha sido afirmado en estos autos-, es posible afirmar que estamos frente a una persona como sujeto de derecho. La singularidad que posee el embrión, desde la concepción, permite observarlo ya como un ser único e irrepetible que se hace acreedor, desde ese mismo momento, a la protección del derecho y que no podrá simplemente ser subsumido en otra entidad, ni menos manipulado, sin afectar la dignidad sustancial a la que ya goza en cuanto persona" (considerando 50°).





Luego, este Tribunal ha planteado una posición frente al inicio de la vida y, por ende, sobre la titularidad del derecho respectivo que no ha sido desvirtuada en el presente proceso constitucional. Las afirmaciones del Dr. Juan Larraín, en representación de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en cuanto a que con la fecundación se produce un nuevo genoma que da inicio, además, a la formación del sistema nervioso de un nuevo individuo de la especie humana revelando, también, muestras de organización a los dos días posteriores a la fecundación, fueron categóricas en el sentido de confirmar lo que este sentenciador ya había consignado en su sentencia Rol N° 740. Con ello quedó demostrado que el momento del inicio de la vida tiene bases científico-médicas y que no puede quedar entregado a definiciones convencionales de carácter cultural o de otro orden al margen de la ciencia;



38°. Que, aclarado que el encargo que el Constituyente confía al legislador en el artículo 19 N° 1°, inciso segundo, de la Constitución no consiste en un mero "deber de protección" desvinculado de la titularidad sobre el derecho a la vida del que está por nacer en cuanto persona o sujeto de derecho, corresponde analizar la naturaleza de dicho encargo;

39°. Que, para esos efectos, debe acudirse, inevitablemente, al Constituyente Originario, en una de cuyas etapas -la de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución- se expresó que "si se va a consagrar el derecho a la vida, debe consagrarse, también, el derecho a la vida del que está por nacer, pero dejando abierta la posibilidad para que el legislador el día de mañana, según lo requieran las condiciones sociales, pueda, en determinadas circunstancias, proceder con cierta flexibilidad" (Intervención del comisionado Jaime Guzmán en Sesión N° 84, de 4 de noviembre de 1974, p. 44). Lo anterior, se debió a las diversas aprehensiones que otros

001316
mil trescientos dieciséis

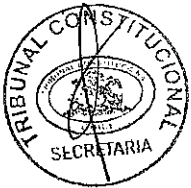
comisionados, como Enrique Ortúzar y Jorge Ovalle, manifestaran en torno a dejar abierta la posibilidad de que el legislador pudiera permitir el aborto en ciertos casos;

40°. Que, en consecuencia, no puede desconocerse que el Constituyente efectuó un encargo o habilitación al legislador, de carácter positivo y no negativo, de "proteger" la vida del que está por nacer en cuanto titular de ese derecho. Tampoco puede desconocerse el hecho de que la propia Constitución no detalló la forma de cumplir ese encargo dejando el campo abierto a la discrecionalidad legislativa. Ello lleva a preguntarse si el legislador está afecto a algún tipo de límite al momento de cumplir ese encargo o si, por el contrario, la Constitución no lo constriñe de forma alguna;

41°. Que la respuesta a la interrogante anterior es necesariamente positiva. En efecto, el encargo formulado al legislador, en el inciso segundo del artículo 19 N° 1°, está afecto a importantes limitaciones:

a) La primera deriva de la propia naturaleza del verbo utilizado en esa disposición constitucional: "proteger". Como señaló el ex Presidente de este Tribunal, Raúl Bertelsen, en las audiencias públicas celebradas en el curso de este proceso, *"proteger no es simplemente respetar, que es una actividad pasiva que no daña, sino exige algo más, y en ocasiones, mucho más. Obliga a amparar, a defender, sobre todo a los débiles, frente a quienes los atacan e incluso atentan contra su vida."*

En rigor, el Constituyente podría haber omitido el encargo que se comenta, y éste habría existido igual, pues el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, reformado en agosto de 1989, impone a los órganos del Estado (incluyendo al legislador) el deber de "respetar" y "promover" los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (como el derecho a la vida) consagrados



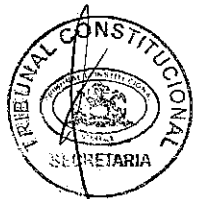


por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. El deber de "respetar" coincide con lo prescrito en el artículo 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, pues supone no obstaculizar el libre y pleno ejercicio de **los derechos reconocidos a toda persona que es todo ser humano**. El deber de "promover", por su parte, coincide con el artículo 2° de la misma Convención, en cuanto implica adoptar todas las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos removiendo todo obstáculo que impida su libre ejercicio.

Luego, "proteger" la vida del que está por nacer, en los términos en que este deber ha sido constitucionalizado tiene una estrecha relación con el deber de "promover" su derecho. En efecto, brindar protección conlleva la necesidad de que el legislador adopte todas las providencias necesarias para amparar la vida del *nasciturus* en su indefensión, lo que excluye el darle muerte, pues nadie razonablemente puede entender que proteger significa matar al protegido (intervención del Profesor Raúl Bertelsen ya mencionada).

b) La segunda limitación deriva de lo preceptuado en el artículo 19 N° 26° de la Carta Fundamental que garantiza a todas las personas: *"La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que **las limiten en los casos en que ella lo autoriza**, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio."* (Énfasis agregado).

De esta manera, el ejercicio de la reserva legal en lo que se refiere a la protección de la vida del que está por nacer no puede privar al derecho de aquello que le es consustancial de manera que deje de ser reconocible como tampoco puede someterlo a exigencias que lo hagan





001318

163

mil trescientos dieciocho

irrealizable, lo entraban más allá de lo razonable o lo priven de tutela jurídica (STC roles N°s 43 y 200).

Se trata, en otros términos, de no afectar el núcleo del derecho respectivo que se transforma en indisponible para el legislador. Ese núcleo deriva de la propia naturaleza del derecho a la vida que impide que se atente contra ella, salvo en aquellos casos en que la misma Constitución lo autoriza como ocurre, entre nosotros, con la pena de muerte (limitada hoy sólo al ámbito de la justicia militar).

Así, en el cumplimiento de su encargo, al legislador no le está permitido un desarrollo normativo que importe la supresión completa y definitiva del derecho.

Por otra parte, los términos en que está diseñada la referida habilitación legislativa en el artículo 19 N° 1, tampoco permiten restricciones al derecho a la vida del que está por nacer, como sucede, por ejemplo, con el derecho de propiedad en base a su función social;

42°. Que, de todo lo expresado, se colige que, en ningún caso, el cumplimiento del mandato conferido al legislador en el inciso segundo del artículo 19 de la Ley Suprema suponga un "amplio margen de discrecionalidad" (fojas 356 del escrito de traslado de S.E. la Presidenta de la República);

**V. EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO A LA VIDA DEL QUE ESTÁ
POR NACER Y EL DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA
Y PSÍQUICA DE LA MUJER A LA LUZ DEL PROYECTO DE LEY DE
DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL
EMBARAZO
EN TRES CAUSALES.**

43°. Que, al responder el traslado conferido en estos autos, S. E. la Presidenta de la República ha sostenido que "el proyecto de ley cuestionado no viola la Constitución, sino que muy por el contrario. El proyecto



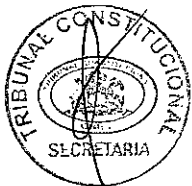


viene a dar protección y resguardo a derechos constitucionales al considerar a la mujer como sujeto de derechos y tener en cuenta su dignidad. En efecto, el proyecto considerara (sic) la calidad de personas y sujeto de derechos de las mujeres, y da especial atención a la protección de su derecho a la vida, a la igualdad, a la salud y a su privacidad y libertad de conciencia." (Fojas 380).

Pero, más adelante, afirma que el legislador ponderó los diferentes valores (no habla de derechos) en conflicto (fojas 19) **prefiriendo la protección de derechos fundamentales de la mujer** (fojas 20), que incluso puede ser sometida a una forma de tortura, (fojas 57) por sobre las medidas de un **objeto de protección** como es el no nacido (fojas 29 y 52). En efecto, el mismo traslado aludido precisa que "el estatuto constitucional del embrión consiste en la asistencia de un deber de protección, no un derecho a la vida como el que asiste a las personas." (Fojas 379);

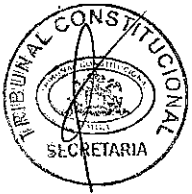
44°. Que, a diferencia de lo sostenido por el Ejecutivo y en forma congruente con lo que se ha venido argumentando, estos Ministros disidentes consideran que el proyecto de ley que se impugna aún en el caso de envolver un conflicto de derechos fundamentales, se expresaría en el hecho de que privilegia los derechos de la mujer ya aludidos frente al derecho a la vida del *nasciturus*. De allí que los requirentes afirmen que el proyecto de ley no pondera sino que efectúa una jerarquización de derechos (fojas 51 del Rol 3729 y 17 del Rol 3751).

En consecuencia, en la regulación contenida en el proyecto están involucradas "dos vidas": La de la mujer y la del que está por nacer, lo que conlleva una necesidad de armonización, pues ninguno de los dos derechos podría resultar anulado al punto que dejara de existir para su titular;



*mil trescientos veinte*

45°. Que, aún cuando la Constitución alemana difiere de la nuestra, el Tribunal Constitucional Federal ha sentado un criterio digno de considerar en el evento que exista una pugna entre los derechos del nasciturus y los de la madre que lo lleva en su vientre. Así, ha expresado que: *"Es imposible encontrar un equilibrio que proteja la vida del nasciturus y al mismo tiempo otorgue a la mujer embarazada la libertad de interrumpir el embarazo, ya que la interrupción del embarazo constituye siempre la destrucción de la vida del no nacido. Por tanto, en la ponderación que debe realizarse deben considerarse ambos valores en su relación con la dignidad humana, la cual constituye el punto central del sistema de valores de la Constitución."* (Sentencia de la Primera Sala, de 25 de febrero de 1975, Capítulo II, 2).



De allí que si el derecho a la vida del que está por nacer entra en conflicto con otros derechos fundamentales, la forma o método de resolver tal conflicto supone, necesariamente, una ponderación de los derechos en pugna teniendo presentes los criterios de necesidad (que el sacrificio que experimenta uno de los derechos se funde en fines lícitos); idoneidad (que el referido sacrificio constituya un medio idóneo o apto para alcanzar el fin perseguido), y proporcionalidad en sentido estricto (que el sacrificio del derecho de que se trata resulte objetivamente armonioso y tolerable para quien lo experimenta) (STC roles N°s 1046, 1061 y 2922, entre otras). Conforme a estos estándares se efectuará el análisis de las tres causales de interrupción voluntaria del embarazo en los considerandos que siguen

VI. ANÁLISIS DE LAS TRES CAUSALES DE INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO QUE AUTORIZA EL PROYECTO DE LEY CUESTIONADO.

46°. Que, en su escrito de evacúa traslado, S.E. la Presidenta de la República ha sostenido que "este



001321

166

mil trescientos veintiuno

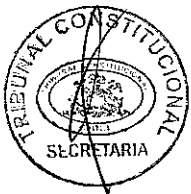
proyecto de ley no liberaliza el aborto, sino que más bien levanta de forma restringida una prohibición que hoy es absoluta" (fs. 334). La primera afirmación es de mérito, pero la segunda importa una apreciación jurídica de la que habrá que hacerse cargo en este voto.

Desde luego, es necesario recordar que las causales de interrupción voluntaria del embarazo que el proyecto de ley introduce al artículo 119 del Código Sanitario son las que se indican:

- 1) Cuando la mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.
- 2) Cuando el embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal;
- 3) Cuando el embarazo sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación;

47°. Que, indudablemente, el establecimiento de estas tres causales de interrupción voluntaria del embarazo afecta la protección constitucional del derecho a la vida de la persona que está por nacer y el deber que se le impone al legislador de proteger esa vida, tal y como se desprende del artículo 19 N° 1°, incisos primero y segundo, de la Constitución Política.

De allí que el requerimiento de una cuarta parte de los senadores se estructura sobre la base de sostener que esta técnica legislativa -de autorizar la realización del aborto directo o provocado en tres causales- "obliga a los servicios de salud a realizar la prestación requerida o derivar a otro que lo haga; fuerza al médico cirujano a



001322
mil trescientos veintidós

ejecutar el aborto directo, en caso de urgencia, fundado en la causal de riesgo vital, o ante la proximidad del vencimiento del plazo, en la tercera causal; impone al padre y otros familiares del no nacido la imposibilidad de oponerse a esa decisión; y, por fin, provoca ineludiblemente la muerte del inocente no nacido." (fs. 16).

Que por su parte, los diputados requirentes sostienen que "en vez de protegerse la vida e integridad del que está por nacer, se abren posibilidades de abortarlo; en lugar de establecerse un régimen de protección de su vida por la ley, ésta permite y transforma en prestación su disponibilidad y, finalmente, extiende su interpretación no sólo a los casos "despenalizados", sino que presenta una visión global del estatuto del embrión claramente reducida a un "interés parcialmente protegido", apartándose de la posibilidad de considerar derechos a su respecto." (Fs. 58).

48°. Que la Presidenta de la República ha señalado, en su traslado, que "nuestra actual legislación impide a las mujeres en estas causales de poder tomar una decisión de su embarazo, a través de la prohibición absoluta del aborto que, como señalamos, se contempla en el artículo 119 del Código Sanitario y los delitos contemplados en los artículos 342 a 345 del Código Penal." (Fs. 334);

49°. Que la afirmación previa requiere precisión.

Y es que el deber que asiste al legislador de impedir que la persona que está por nacer sea víctima de un atentado en su contra, atendido su estado de inocencia, fragilidad e indefensión, fuerza a catalogar como punibles todas las conductas encaminadas a causarle directamente la muerte, tal como lo viene haciendo el Código Penal desde 1874, sin solución de continuidad y sin duda alguna acerca de su plena constitucionalidad.

Erradamente, se ha sostenido que el Código Sanitario habría permitido el aborto a partir del año 1931 mediante

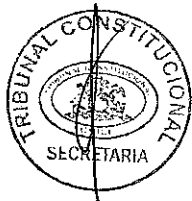




001323

mil trescientos veintitrés

la dictación del Decreto con Fuerza de Ley N° 226, del ex Ministerio de Bienestar Social. En realidad, lo que su artículo 226 dispuso fue que *"Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo"* con la opinión documentada de tres facultativos, y ubicando esta disposición en el título II, "Del Ejercicio de la Medicina y Profesiones similares". *"Ello, con el exclusivo propósito de evitar las prácticas abortivas efectuadas por comadronas o parteras mediante fórmulas basadas en la anticoncepción popular y la farmacología folclórica."* (Castro Arcos, Javier, "Guerra en el vientre: control de natalidad, maltusianismo y Guerra Fría en Chile", 2017, Centro de Estudios Bicentenario, páginas 50-51);



El Código Sanitario, contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 725, de 1967, modificó el anterior cuerpo legal, de 1931, manteniendo el criterio de permitir la interrupción del embarazo únicamente con fines terapéuticos reduciendo, en su artículo 119, el número de facultativos que podrían autorizarlo de tres a dos.

Puede observarse, entonces, que ninguno de estos cuerpos legales tuvo por objetivo despenalizar el aborto como puede comprobarse al examinar las respectivas leyes delegatorias N°s 4.945 y 16.585. Al mismo tiempo, los Jefes de Estado que suscribieron dichos decretos con fuerza de ley, jamás lo dispusieron expresamente en ninguno de esos textos. Refuerza este aserto el rechazo que tuvo la moción modificatoria del artículo 119 del Código Sanitario, propiciada por el diputado Héctor Campos, en orden a autorizar la interrupción del embarazo "con fines terapéuticos, económicos-sociales y éticos", presentada en la Cámara de Diputados, en su Legislatura Extraordinaria, del miércoles 15 de octubre de 1969, sesión 1ª (Castro Arcos, ob. Cit. página 408);

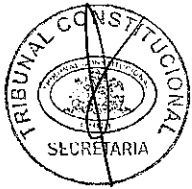


Como la nueva norma del año 1968 se prestó para resquicios o abusos incrementando el número de abortos, la Ley N° 18.826 de 1989, sustituyó el citado artículo 119 con el objetivo de restablecer su idea original: "no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto".

En el Informe Técnico evacuado por la Primera Comisión Legislativa durante el trámite de esa moción, se lee que la disposición según la cual "sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo" "es inconstitucional y debe ser reemplazada toda vez que no protege en absoluto, la vida del que está por nacer y, en definitiva, autoriza su muerte". Tuvo especialmente presente que la definición de "aborto terapéutico" no resultaba unívoca dejando expresa constancia, de que "distinto es el caso de la muerte no deseada del ser en gestación, causada indirectamente por una acción médica desarrollada en la gestante enferma y que, indirecta e involuntariamente, **produce un doble efecto.**" (Historia de la Ley N° 18.826, pp. 8 y 9) (Énfasis agregado);

50°. Que, en consecuencia, la prohibición de interrumpir el embarazo o de practicar un aborto derivada del deber que la Constitución confía al legislador en el inciso segundo del artículo 19 N° 1° constitucional, se aviene absolutamente con la historia del desenvolvimiento de la normativa pertinente del Código Sanitario.

Además, de la historia reseñada se colige que no ha existido prohibición absoluta de practicar abortos en Chile, pues se ha estimado compatible con la Carta Fundamental aquel que tiene por objeto salvar la vida de la madre que se encuentra en peligro inminente poniendo término a la vida del ser humano que está por nacer, pero sin que exista la intención deliberada de causar su muerte. Se basa esta modalidad de aborto en el denominado "efecto no deseado", que no supone el propósito manifiesto de poner término a la vida del embrión, lo





001325

170

mil trescientos veinticinco

que, por lo demás, sería incompatible con la praxis médica que obliga a los facultativos a desplegar todos los esfuerzos posibles para salvar vidas y no para acabar con ellas.

Cabe recordar que el Código de Ética del Colegio Médico de Chile A.G. dispone que "El respeto de la vida humana desde su inicio y hasta su término constituye el fundamento del ejercicio profesional médico. Toda intervención médica realizada durante los nueve meses de gestación, deberá siempre velar por el mejor interés de la madre y del hijo." (Art. 8). Agrega que "El médico no podrá realizar acciones cuyo objetivo directo sea poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna." (Art. 9).

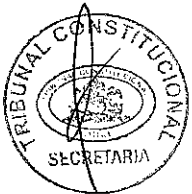


Por lo demás, esta praxis médica no es extraña a la regulación del ordenamiento jurídico chileno. Es así como la Ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas con su atención en salud, prevé que aun cuando una persona ejerza su derecho a negarse a la práctica de cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, tal rechazo "no podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio." (Art. 14). Por lo tanto, en esta situación, el médico respectivo tiene el imperativo legal de ser consecuente con la práctica de no favorecer la muerte si puede privilegiarse la continuación de la vida. El carácter imperativo de la praxis médica que se deriva de la norma reseñada, tiene su correlato en el procedimiento que el artículo 38 de la Ley N° 20.584 regula para controlar el cumplimiento de esta ley por los prestadores de salud públicos y privados, recomendando la adopción de medidas necesarias para corregir las irregularidades que se detecten;

001326
mil trescientos veintiseis

51°. Que, así, el texto del actual artículo 119 del Código Sanitario se refiere a la prohibición de ejecutar acciones cuyo fin sea "provocar un aborto". De esta forma, la práctica de abortos terapéuticos, de la manera como se ha explicado, no infringe la referida prohibición ni menos contraviene el deber que el artículo 19 N° 1°, inciso segundo, de la Constitución, impone al legislador de proteger la vida del que está por nacer.

La afirmación que precede se complementa con el examen de los artículos 342 a 345 del Código Penal, los cuales exigen, de forma genérica, que el aborto se cause en forma "maliciosa", tal como se lee en la primera de esas disposiciones;



52°. Que aclarado lo anterior, es necesario entrar al análisis específico de cada una de las causales de interrupción voluntaria del embarazo que se incorporan al artículo 119 del Código Sanitario por el proyecto de ley cuestionado. Para estos efectos, este voto tendrá particularmente en cuenta los criterios de interpretación constitucional que fueron recordados en el considerando 5°.

1) Primera causal: Riesgo vital de la mujer de modo que la interrupción del embarazo evita un peligro para su vida.

53°. Que esta primera causal de interrupción del embarazo se estructura sobre la base de que "las mujeres, adolescentes y niñas embarazadas, puedan decidir interrumpir su embarazo, siempre y cuando esta interrupción evite un peligro para su vida" constituyendo además, dicha interrupción "el único tratamiento posible para salvar la vida de la mujer." (Traslado de S.E. la Presidenta de la República, fs. 335 y 336).

54°. Que los senadores requirentes aducen que esta primera causal no se refiere a la positivización de la

001327
mil trescientos veintinueve

praxis médica sino que, por el contrario, la iniciativa crea "una prestación de salud que debe ser otorgada compulsivamente de modo que, mediando la voluntad de la madre cuando ésta se encuentra en riesgo vital, el médico queda autorizado para poner término, directa y deliberadamente, a la vida del que está por nacer, sin que se requiera que esto sea consecuencia ineludible e inevitable del tratamiento, no intentado como fin ni como medio." (fs. 17 y 18).

Los diputados requirentes, entre tanto, afirman que la primera causal tiende a confundirse con una práctica hoy aceptada para la cual no se requiere habilitación legal adicional. Se trata de la "interrupción del embarazo" carente de la malicia del aborto y justificada por la *lex artis* y por el cumplimiento del deber médico. En cambio, "la redacción de las disposiciones del proyecto [...], sólo considera la vida e intereses de la madre (se trata que la interrupción del embarazo "evite un peligro para **su** vida"), el peligro de la vida del hijo no es considerado ni es relevante, luego el médico no tiene porqué sopesar oportunidades ni procurar evitar salvar a ambos, puede directamente considerar que sólo tiene un paciente; además de ello, dado que la "interrupción" puede hacerse en cualquier tiempo, no hay ninguna necesidad de esperar la viabilidad fetal, aunque ello sea factible y la razón es, una vez más, que ésta no es considerada en el análisis del médico." (fs. 60).

55°. Que si se atiende a la **necesidad** de la medida de despenalizar la interrupción del embarazo en la causal que se examina, el fundamento contenido en el Mensaje Presidencial, y profundizado en el traslado evacuado por el Ejecutivo en esta causa, parece atendible si se analiza a la luz de la insostenibilidad o inexigibilidad para la mujer de continuar su embarazo cuando su propia vida está en riesgo, tal como discurrió la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1993. En efecto, esa





001328

173

mil trescientos veintiocho

decisión señaló que "una situación de excepción, la cual permite desde el punto de vista constitucional suspender la obligación de gestar y dar a luz al niño, sólo puede presentarse en casos de un peligro serio para la vida de la mujer o de un perjuicio grave para su salud [...]. El criterio para su reconocimiento, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional federal es el de la insostenibilidad." (cf. BVerfGE 39, 1 [48 ss.]).

En todo caso, ya ha quedado demostrado precedentemente, que esta situación que importa un peligro objetivo para la vida de la mujer, encuentra solución en el ordenamiento jurídico chileno actual debiendo destacarse que el aborto terapéutico que se practique no consiste en la interrupción del embarazo basado en la sola voluntad de la mujer y que el intento de salvar su vida, en ningún caso, puede involucrar la intención deliberada de poner término a la vida de su hijo, sino que solamente pasa a ser un efecto no deseado por los procedimientos médicos que se utilicen;



56°. Que, en todo caso, en las audiencias públicas convocadas por este Tribunal se explicó que el riesgo vital a que alude la primera causal consignada en el proyecto de ley analizado no tiene, en Chile, la entidad que éste pretende atribuirle. Así, el doctor Enrique Oyarzún, especialista en medicina materno-fetal, expresó que estudios realizados en el año 2014 demostraron que sólo se habían producido 56 muertes maternas relacionadas con el embarazo, de las cuales 22 ocurrieron con posterioridad al parto. Señaló también que los factores de riesgo que ameritan la interrupción del embarazo en nuestro país dicen relación con embarazos ectópicos, hipertensión arterial, cánceres del primer trimestre del embarazo, mola parcial y enfermedades maternas como insuficiencia cardíaca o renal, las que son posibles de tratar bajo la modalidad del aborto terapéutico, no intencional.



001329
mil trescientos veintinueve¹⁷⁴

El doctor Jorge Becker expuso, por otro lado, que todos los indicadores de riesgo obstétrico han mejorado significativamente en Chile después del año 1989 en cuanto a la mortalidad materna. Y lo anterior sin descuidar el hecho de que el feto es considerado como un "paciente" digno de cuidado. Prueba de ello son las crecientes inversiones realizadas en tecnologías de alto costo para intervenciones intrauterinas;

57°. Que las exposiciones recordadas, y que no fueron rebatidas por otros especialistas, demuestran que, en Chile, el riesgo vital para una mujer producto de un embarazo es, afortunadamente, una situación excepcional. Sin perjuicio de lo que fuera señalado en las audiencias públicas, los datos que registra la Organización Mundial de la Salud sobre Mortalidad Materna reflejan que, sobre 100.000 nacidos vivos, la tasa de muertes maternas ha disminuido desde 57 en el año 1990 a 27 en el año 2015 (apps.who.int/gho/data/view.main1390?lang=en).

La Guía Perinatal, del año 2015, del Ministerio de Salud indica, entretanto, que al año 2012, la primera causa de mortalidad materna ocurría por muertes obstétricas indirectas (pág. 21), esto es, debidas a enfermedades preexistentes o desarrolladas durante el embarazo y que no se deben a causas obstétricas directas, las que se agravan por los efectos fisiológicos del embarazo.

De lo anterior se desprende que el proyecto de ley sobre despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, en lo que respecta a la primera causal, pretende regular una situación realmente excepcional en nuestro país.

Así, la necesidad de la medida, si bien parece justificarse desde el punto de vista de la inexegibilidad para la mujer, no encuentra asidero suficiente como para modificar la legislación vigente;



001330
mil trescientos treinta

58°. Que, en lo que respecta a la **idoneidad** de la medida de interrupción del embarazo en caso de existir riesgo vital para la madre, cabe preguntarse si no es posible encontrar otro medio menos lesivo para lograr el propósito de salvar esa vida sin sacrificar a la persona que cobija en su vientre y que, a diferencia de aquélla, no puede aún manifestar su voluntad.

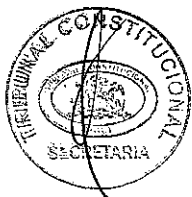
En este sentido, el proyecto de ley reprochado parte de la existencia de un dilema que no admitiría solución: que salvar la vida de la madre importa obligadamente terminar con la del ser en gestación en circunstancias que, en este mismo voto se ha razonado que un adecuado enfoque médico, supone entender que se está frente a dos pacientes cuyas vidas deben ser preservadas, de modo que si el intento de salvar a la madre supone la muerte del feto, ello será un efecto no deseado.

Desde esta perspectiva, no caben dudas que no se aviene con la Constitución que el legislador introduzca, en este caso, una causal de justificación que torna lícita la conducta consistente en matar a un ser humano en forma deliberada, o sea, realizar un aborto directo o provocado.

Ya se explicado que tal modalidad de aborto no tiene cobertura constitucional al amparo del artículo 19 N° 1° de la Carta Fundamental, a diferencia del aborto terapéutico o indirecto que no persigue acabar deliberadamente con la vida de un ser humano;

59°. Que, en todo caso, el ordenamiento jurídico no puede hacer oídos sordos al sufrimiento de una mujer, sustancialmente digna, que ve en peligro su vida a causa de un embarazo. Y ello, porque a la mujer -como a toda persona- se le reconoce el derecho a la vida como emanación de la dignidad humana reconocida en el artículo 1°, inciso primero, de la Constitución.

Por eso es que la interrupción de su embarazo producida, como efecto no deseado, del despliegue de los





001331

mil trescientos treinta y uno

procedimientos y técnicas médicas conducentes a salvar su vida, no está afecta a penalización en Chile, pues tal como sostuvo el ex Presidente de la Corte Suprema, Ministro Sergio Muñoz, en su prevención contenida en el Informe evacuado por la Corte Suprema, al informar el presente proyecto de ley, "en la actualidad en Chile no se encuentra proscrito el aborto terapéutico propiamente tal ni el denominado aborto embrionario (...). En el año 1989 se modificó el artículo 119 del referido Código en el sentido de prohibir toda acción cuyo fin sea producir un aborto, determinación legislativa que no significó hacer punible o transformar en delito el aborto terapéutico realizado con estricto acatamiento a la lex artis, con el consentimiento de la mujer y con arreglo a las indicaciones que lo hacen posible."



En este mismo sentido, la intervención de la profesora Magdalena Ossandón, en las audiencias convocadas por esta Magistratura, apuntó a que el medio más idóneo para lograr el propósito de salvar la vida de la madre, aunque se genere como efecto la muerte del feto, habría sido la consagración de una "causa de exculpación" genérica y no una "causa de justificación" como la que contempla el proyecto examinado que suprime la ilicitud de la conducta. La conformidad constitucional de esta alternativa más idónea para el logro de la finalidad perseguida radica en que, con una causa de exculpación, como el estado de necesidad u otra similar, el comportamiento sigue considerándose penalmente prohibido, acorde con lo prescrito por la Carta Fundamental, pero la conducta no le es exigible o no merece reproche penal a quienes participaron en ella, aunque se ponga término deliberadamente a la vida de otro. De esta forma, el juez, en cada caso concreto, puede decidir que no habrá penalización por aborto;

60°. Que, por lo anteriormente señalado, la primera causal de riesgo vital reprochada en estos autos, no



001332

177

mil trescientos treinta y dos

satisface el test de idoneidad en la medida que existe un medio jurídico menos gravoso de concretar el propósito explicado en el Mensaje Presidencial que dio origen a este proyecto de ley;

61°. Que, desde el punto de vista de la proporcionalidad **en sentido estricto**, el proyecto de ley no deja lugar a dudas: salvar la vida de la madre supone sacrificar la vida del ser en gestación y ello se hace deliberadamente en circunstancias que existe la alternativa de desplegar procedimientos médicos para salvar su vida intentando, al mismo tiempo, salvar la vida del embrión. Se trata de un enfoque totalmente distinto. Este último cautela dos derechos, pertenecientes a titulares distintos, y que se encuentran asegurados en la Carta Fundamental con la diferencia de que, en el caso, del que está por nacer, existe un encargo especial conferido al legislador de proteger esa vida que se encuentra en un particular estado de indefensión.

Así, no satisface el test de proporcionalidad el intento deliberado de poner término a la vida de quien está por nacer, porque la plena satisfacción del derecho de la madre supone el sacrificio completo e irreductible de la vida de su hijo jerarquizando a priori, un derecho por sobre el otro.

2) Segunda causal: Patología congénita adquirida o genética incompatible con la vida extrauterina independiente de carácter letal.

62°. Que esta segunda causal de interrupción del embarazo se construye sobre el fundamento de que como "no es probable mejorar la condición o pronóstico del diagnóstico con intervenciones terapéuticas (...) se obliga a que la mujer gestante experimente un duelo durante el resto del embarazo, esperando la muerte del embrión o





001333
mil trescientos treinta y tres

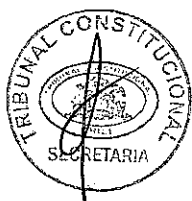
feto en su vientre." (Traslado de S.E. la Presidenta de la República, fs. 337);

63°. Que, respecto de esta segunda causal, los diputados requirentes sostienen que *"aquí se considera que la escasa sobrevida después del parto es determinante para retirar la protección de esa vida y admitir su disposición"* agregando que *"la proximidad de la muerte no es una excepción constitucional admisible a la protección de la vida"* (fs. 61 y 62);

64°. Que, como puede observarse, en este segundo caso, no se presenta un conflicto entre dos titulares que tienen asegurado el mismo derecho (el derecho a la vida). Se trata, más bien, de un conflicto entre el derecho a la vida del ser humano que está por nacer y el derecho de la mujer a tomar decisiones autónomas que, si bien no encuentra consagración explícita en nuestro ordenamiento constitucional, está comprendido, implícitamente, dentro de la libertad que se le reconoce a toda persona en el inciso primero del artículo 1° de la Carta Fundamental cuando precisa: *"Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos."*;

65°. Que estos Ministros disidentes tienen especialmente presente que la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), de 1979, y vigente en Chile, obliga a los Estados Partes a tomar todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre (Art. 3).

Pero, asimismo, han tenido a la vista la Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 1989, cuyo Preámbulo recuerda a la Declaración de los Derechos del Niño cuando afirma *"el niño, por su falta de madurez*



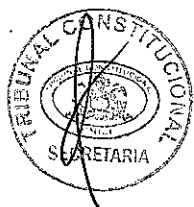


001334

179

mil trescientos treinta y cuatro

física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto **antes** como después de nacimiento" (Énfasis agregado). Su articulado considera que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativa o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del niño**" entendiendo por tal a "**todo ser humano** menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad." (Arts. 1 y 3).



La consideración de esta normativa internacional resulta imperativa en este juzgamiento a la luz del deber que el inciso segundo del artículo 5° constitucional impone a los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana asegurados tanto por la Constitución cuanto por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes;

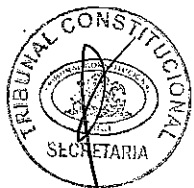
66°. Que el Mensaje del proyecto de ley que se analiza afirma que "los derechos de las mujeres están en el centro de esta propuesta" (p. 3). Agrega que "De conformidad al Derecho Internacional de los Derechos Humanos la denegación de la interrupción del embarazo, en determinadas circunstancias, puede constituir vulneraciones a derechos fundamentales" (p. 12) para terminar citando una serie de recomendaciones y observaciones de los órganos que componen el sistema internacional de protección de los derechos humanos (pp. 13-16).

Lo cierto es que, sin embargo, no se ha invocado en estos autos ningún tratado internacional que obligue a Chile a consagrar legalmente el derecho de la mujer a abortar a un feto supuestamente inviable porque la expone

001335
mil trescientos treinta y cinco

a un sufrimiento. Y no podría hacerlo, porque como señala el Informe en Derecho del profesor Francisco Orrego Vicuña, acompañado a estos autos, no existe ningún tratado de carácter universal que consagre el referido derecho, ni tampoco en el contexto regional americano (p. 7). Agrega que *"tampoco es claro que exista una opinio iuris clara y manifiesta de parte de los Estados, en el sentido de que la permisibilidad de la realización de procedimientos abortivos sea consecuencia de una obligación internacional, y ella se regule a título de derecho subjetivo de la mujer solicitante"* (p. 8).

Luego, no existe ninguna fuente formal del Derecho Internacional Público -tratados o costumbre- que consagre un supuesto derecho a abortar, ni siquiera para evitar un sufrimiento en los términos que antes se han analizado;



67°. Que, a mayor abundamiento, las recomendaciones y observaciones citadas en el Mensaje de este proyecto de ley constituyen *soft law* internacional, esto es, directrices no obligatorias que los Estados deben ir teniendo en cuenta para configurar sus políticas públicas, sin que su inobservancia genere responsabilidad internacional a su respecto. Este criterio ya fue seguido por la sentencia de esta Magistratura recaída en los roles N°s 3016 y 3026 (acumulados);

68°. Que, sobre la base de estas consideraciones, debe analizarse la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la segunda causal impugnada por los parlamentarios requirentes;

69°. Que, en lo que respecta a la **necesidad** de la interrupción del embarazo en este caso, el mensaje de este proyecto de ley indica que *"cerca de 500 muertes anuales se producen por imposibilidad de la vida extrauterina, según prevalencia por patologías"*; todo ello conforme a estadísticas de los años 2004 a 2012 (p. 5)



001336

mil trescientos treinta y seis

Aún cuando ese diagnóstico fuera acertado -lo que fue discutido en estos autos- desde el punto de vista constitucional, no existen excepciones que permitan deliberadamente terminar con una vida humana que no correspondan a los casos excepcionales en que puede imponerse la pena de muerte por delito contemplado en una ley de quórum calificado (artículo 19 N° 1°, inciso tercero, de la Constitución).

Expresado en otros términos, privar de la vida nunca puede reputarse como "necesario", aún cuando la vida no esté destinada a proyectarse en el tiempo, lo que conduce a que la interrupción del embarazo en este caso, en base a la sola voluntad de la madre que no desea sostenerlo, no se aviene con la protección constitucional del derecho a la vida del que está por nacer y que constituye un deber imperativo para el legislador;

70°. Que, desde el punto de vista de la **idoneidad** de la interrupción del embarazo en esta segunda causal, cabe preguntarse si existe algún otro medio menos gravoso, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, para apoyar a una mujer que se encuentra en una situación de suyo compleja.

Siguiendo al Tribunal Constitucional alemán, en su sentencia del año 1993, ya citada, "el criterio de la insostenibilidad en cierto modo limita la obligación de la mujer de dar a luz al hijo; sin embargo, ello no deroga la obligación de proteger que tiene el Estado respecto de todo ser humano que está por nacer. Dicha obligación ordena al Estado especialmente brindar asistencia a la mujer -mediante apoyo y asesoría- y, mediante ello, lograr que ella opte por tener al niño (...)."

En efecto, un modelo de asesoramiento de la mujer tendiente a acompañarla durante un embarazo y alumbramiento difíciles, por tratarse de un hijo supuestamente inviable, resulta una solución idónea para





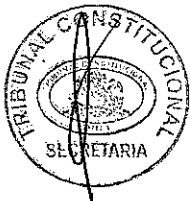
001337

182

mil trescientos treinta y siete

compatibilizar adecuadamente la protección al derecho a la vida del que está por nacer junto una manifestación de la libertad de la mujer responsable con su propio deber de respetar y de no interferir en la vida de otro ser humano que, además, no tuvo injerencia en el hecho de su concepción;

71°. Que el nuevo artículo 119 del Código Sanitario, que este proyecto de ley incorpora, prevé un programa de acompañamiento de la mujer en los casos de interrupción voluntaria del embarazo. El inciso 12° de esa nueva norma precisa que *"En la situación descrita en el número 2) del inciso primero, el prestador de salud proporcionará los cuidados paliativos que el caso exija, tanto si se trata del parto como de la interrupción voluntaria del embarazo con sobrevivencia del nacido."*



Este modelo de acompañamiento no resulta suficiente para que este proyecto de ley satisfaga el criterio de la idoneidad en lo que a esta segunda causal se refiere, pues no es conducente sólo a salvar la vida del que está por nacer en forma compatible con la Constitución sino que contempla la posibilidad de darle muerte;

72°. Que, si se trata de la proporcionalidad en sentido estricto, esta segunda causal tampoco satisface el criterio de armonizar debidamente los derechos en conflicto. Ello, porque la libertad de la mujer subordina absolutamente la vida de un ser humano al punto que éste resulta totalmente sacrificado y el derecho del que es titular anulado en su misma esencia.

En cambio, el modelo de acompañamiento a que se ha hecho referencia, sí resulta más armonioso y acorde a la exigencia constitucional, pues no sacrifica el derecho a la vida del que está por nacer y sólo circunscribe la libertad de la mujer impidiéndole una opción -la interrupción del embarazo- que, como se expresó en estos autos, causa severos trastornos desde el punto de vista de su propia salud mental (intervención y estudios



001338

183

mil trescientos treinta y ocho

acompañados en las audiencias públicas por la doctora María Francisca Duceval- Cuza).

3) Tercera causal: Interrupción voluntaria del embarazo que es producto de una violación.

73°. Que, en su traslado, S.E. la Presidenta de la República ha manifestado que "la violación es un acto que implica una vulneración de la integridad física y psíquica de la mujer, un atentado a su dignidad, al derecho a la intimidad, a su autodeterminación sexual, a su libertad" (Fs. 338). Compartimos plenamente esta afirmación.



Agrega la Jefa de Estado que "El proyecto de ley reconoce que obligar a la mujer a mantener dicho embarazo es un sacrificio supererogatorio, inexigible a la mujer, adolescente o niña violada, el que afecta sus derechos fundamentales" (Fs. 339). Concluye que "en esta causal el legislador ha ponderado con el mayor cuidado la vida del que está por nacer. Para ello ha impuesto un conjunto de cargas a la niña, adolescente o mujer embarazada violada para levantar la prohibición general de interrumpir el embarazo." (Fs. 340);

74°. Que tanto los senadores como los diputados requirentes manifiestan, a su vez, que el deber que se le confía al legislador en el artículo 19 N° 1°, inciso segundo, de la Constitución, no puede desnaturalizarse de tal manera que llegue a desproteger lo que debe cautelar. Así, en el Rol N° 3751, los diputados requirentes señalan que: "El hijo producto de una violación no es agresor, ni culpable de ésta, es tan víctima como su madre pues ha sido engendrado en un contexto de violencia o abuso (...) su calidad de "indeseado" no puede considerarse una excepción justificada a la protección legal y constitucional de su vida, por el contrario, es una situación en la que deberían desplegarse todas las



001339

mil trescientos treinta y nueve

herramientas de acogida tanto para la mujer gestante como para el hijo(...)." (Fs. 62);

75°. Que bastaría para afirmar la inconstitucionalidad de esta tercera causal de interrupción del embarazo que la Constitución no puede llegar a anular la protección que el legislador debe brindar a la vida del que está por nacer, lo que, indudablemente, limita la "flexibilidad" que se quiso entregarle en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. Tal flexibilidad sólo puede apuntar a diversas modalidades de protección, pero jamás a que el derecho desaparezca por carecer de titular.

Y ya se ha explicado, también, que el aborto terapéutico indirecto no constituye propiamente una excepción a ese mandato, pues se funda en la ocurrencia de un efecto no deseado consistente en la muerte del embrión con el objeto de salvar la vida de la madre;

76°. Que, así, al ponderar los derechos supuestamente en conflicto, se advierte que esta causal - al igual que la anterior- no satisface los estándares de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto;

77°. Que, desde el punto de vista de la necesidad, llama la atención que el proyecto de ley afirma que "en los casos de embarazos secundarios originados por violencia sexual (violación), "no existen datos que permitan dimensionar la magnitud de esta situación"" (p. 6). A diferencia de lo que ocurre en la primera causal, el Mensaje no precisa los "riesgos" que la mantención del embarazo significaría para la mujer sino que se pone énfasis, más bien, en la tortura que importaría para ellas ser utilizadas como "incubadoras humanas", como afirmó el abogado Etcheberry en estrados.

Esos fundamentos fueron complementados, en las audiencias públicas, por la intervención, entre otras, de la doctora, Andrea Huneus, quien sostuvo que, en Chile,





001340

185

mil trescientos cuarenta

un 10% de las mujeres violadas se embarazan y que el 66% de las violaciones corresponden a niñas de 18 años o menos. Se refirió también a los diversos efectos del embarazo por violación y a las patologías que suelen afectar a los hijos de mujeres violadas;

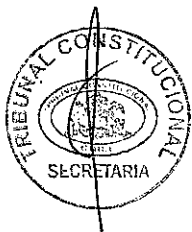
78°. Que estos Ministros disidentes comprenden y comparten la preocupación de las autoridades por la ocurrencia de estas situaciones que aquejan a nuestra sociedad. Sin embargo, deben juzgar si, a la luz de la Constitución, parece necesario interrumpir un embarazo -o no penalizarlo- para compensar la victimización que una mujer sufre como consecuencia de un acto tan repudiable como la violación.

Y, desde esta perspectiva, la decisión legislativa de hacer primar el interés de la madre, autorizando la práctica de un aborto, no parece sustentarse en razones suficientes que superen la mera voluntad de la mujer, según estos Ministros han podido constatar en los antecedentes allegados a este proceso. Con mayor razón, si como se ha venido recordando, la Carta Fundamental no extiende la flexibilidad legislativa en el cumplimiento del encargo de proteger la vida del que está por nacer a la anulación de toda protección y, aún más, al atentado contra esa vida.

No se trata, entonces, de negar el impacto de una violación, pero la necesidad de enfrentar ese flagelo no pasa por anular el derecho a la vida de la persona que se encuentra en el vientre materno y que constituye otra víctima más de ese hecho repudiable;

79°. Que, en lo que respecta a la idoneidad de esta tercera causal para el logro de los fines propuestos en el Mensaje, tampoco puede darse por cumplido este estándar.

Por de pronto, porque no se aplica el medio menos gravoso para reparar las consecuencias de una violación sino que el más gravoso: el término de una vida humana





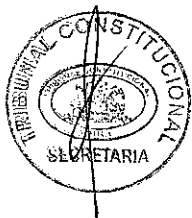
001341

186

mil trescientos cuarenta y uno

desconociendo, absolutamente el legislador el deber imperativo que le impone la Constitución de proteger la vida del que está por nacer.

Pero, además, porque, tal como se ha explicado al analizar la segunda causal, el programa de acompañamiento que se prevé en el nuevo artículo 119 del Código Sanitario no está destinado, necesariamente, a preservar la vida del que está por nacer sino que a que la mujer opte por mantener el embarazo o practicarse un aborto vulnerando, en este último caso, en forma flagrante, la protección que la Carta Fundamental le asegura al *nasciturus* en cuanto persona;



80°. Que, desde la óptica de la proporcionalidad en sentido estricto, esta tercera causal tampoco satisface el estándar requerido, porque, como ya se ha explicado, este criterio apunta a un equilibrio o armonía entre los derechos en conflicto, pero jamás puede suponer la anulación o el sacrificio total del derecho. Con mayor razón, cuando la libertad de que todos gozamos para adoptar las decisiones que van a marcar nuestro destino, reconocida en el artículo 1°, inciso primero, de la Constitución, está limitada por el respeto a los derechos de los demás. Criterio que, por lo demás, se apoya en la fuerza normativa directa de la Carta respecto de toda persona, institución o grupo, como prescribe el inciso segundo de su artículo 6°.

Es así como la interrupción voluntaria del embarazo, en casos de violación, y sin distinción alguna del período de gestación, conduce a anular el derecho a la vida del que está por nacer afectando su propia esencia que, como ya se ha explicado, constituye un coto vedado para el legislador.

VI. CONSIDERACIONES FINALES.

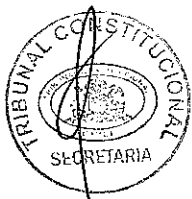


001342

187

mil trescientos cuarenta y dos

81°. Que, en base a los razonamientos que preceden, los Ministros que suscriben este voto declararán que el artículo 1° N° 1 del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, vulnera el artículo 19 N° 1°, incisos primero y segundo, de la Constitución, en relación con su artículo 1°, inciso primero. Ello, en la medida que el legislador ha desconocido el marco aplicable al cumplimiento del encargo que le efectuara el Constituyente en orden a proteger la vida del ser humano que está por nacer. Al hacerlo, ha vulnerado, además, el artículo 6°, que consagra los principios de supremacía constitucional y de fuerza normativa directa de la Carta Fundamental respecto de toda persona, institución o grupo, como su artículo 7°, inciso segundo, que recoge el principio de clausura del derecho público, según el cual *"ninguna magistratura, 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."*



Adicionalmente, transgrede el artículo 19 N° 26° constitucional que consagra la reserva legal en materia de derechos fundamentales y que sólo permite imponer límites a los mismos cuando la Constitución lo autoriza y siempre que se respete la esencia o núcleo irreductible del respectivo derecho. Ello, en atención a que las tres causales contempladas en dicha norma conducen a terminar, definitiva e irremediablemente, con la vida del ser humano en gestación sin que un ejercicio de ponderación de los demás derechos concernidos -que no es monopolio del legislador- satisfaga los estándares constitucionales permitidos;

82°. Que, sin perjuicio de lo expresado, todo el mecanismo contemplado en el mismo numeral 1 del artículo 1 del proyecto de ley cuestionado -que modifica el



001343

188

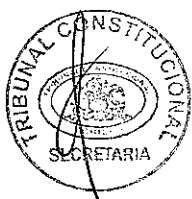
mil trescientos cuarenta y tres

artículo 119 del Código Sanitario- para que se obtenga la autorización de la mujer, se preste la información pertinente y opere el respectivo programa de acompañamiento, resulta asimismo inconstitucional por las mismas razones antes consignadas;

83°. Que, por su parte, el numeral 2 del artículo 1° del proyecto de ley, que incorpora un nuevo artículo 119 bis al Código Sanitario, también es inconstitucional, porque, al regular las exigencias de diagnóstico médico para que operen las tres causales incurre en una indeterminación y una falta de especificidad que sólo agravan el efecto de acabar con la vida de un ser humano.

El proyecto de ley es tan vago que, al final, la vida del que está por nacer queda entregada a la apreciación amplia de médicos que han de proceder en situaciones de extrema urgencia y, muchas veces, sin el apoyo tecnológico adecuado para efectuar un diagnóstico que puede llevar al término de su vida. En efecto, en el caso de la primera causal, se exige contar "con el respectivo diagnóstico médico". Tratándose de la segunda causal, la intervención requiere contar con "dos diagnósticos médicos, en igual sentido de médicos especialistas". Si se trata de la tercera causal es necesario que "un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos" confirme la concurrencia de los hechos constitutivos de violación y la edad gestacional. Nada se dice en el proyecto de ley sobre la especialidad de estos facultativos acentuando la indeterminación del procedimiento. De tal manera que el proyecto de ley presenta aspectos abiertos y flexibles que abren espacio para la práctica de maniobras fraudulentas.

Si se sostuviera -hipotéticamente- que lo que el legislador está regulando son limitaciones a la protección de la vida del que está por nacer, es claro que no se satisfacen los estándares constitucionales





001344

mil trescientos cuarenta y cuatro

desarrollados por la jurisprudencia de esta Magistratura en orden a la determinación y especificidad que deben rodear la limitación a un derecho fundamental.

En estos autos constitucionales, quedó claro que las patologías fetales no siempre son diagnosticadas con certeza absoluta y que la cantidad de especialistas con que cuenta nuestro país para efectuar los diagnósticos que la aplicación de esta ley requeriría son insuficientes, de modo que la indeterminación de la norma legal conducirá a que una cantidad también indeterminada de seres humanos sean sentenciados a morir en base a diagnósticos errados o superficiales.



Desde esta perspectiva, no podemos declarar constitucional una norma legal cuyos efectos palmarios van a producir mayor desprotección y vulneración de los derechos de los seres humanos que están por nacer y de la propia mujer. Sólo podríamos evitar la declaración de inconstitucionalidad si ésta produjera efectos más inconstitucionales que los que se tratan de prever con la norma cuestionada, lo que aquí no ocurre (STC roles N°s 558 y 590 acumuladas, c. 19°);

84°. Que, por los mismos razonamientos en que se ha venido insistiendo, quienes suscriben este voto, declararán la inconstitucionalidad del artículo 1°, N° 4, y de los artículos 2°, 3° y transitorio del proyecto de ley de que se trata, en la medida que las normas ya declaradas inconstitucionales -y que se relacionan directamente con aquéllas- inciden, también, en la infracción del deber que la Constitución impuso al legislador en el inciso segundo del artículo 19 N° 1° de la Constitución;

85°. Que, finalmente, estos Ministros disidentes estiman que el proyecto de ley que se ha cuestionado en estos autos no sólo adolece de falta de determinación en varios de sus preceptos sino que entrega una serie de aspectos que pueden estimarse propios del núcleo mismo

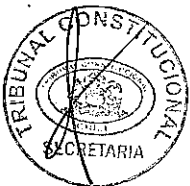


001345

mil trescientos cuarenta y cinco

del derecho a la vida a la regulación de la potestad reglamentaria lo que, también, resulta inconstitucional y lesivo de los derechos fundamentales del que está por nacer.

En ese contexto, no podemos dejar de consignar que, en nuestra convicción, nada hay en este proyecto de ley que impida o anule la interposición del recurso de protección de las garantías constitucionales del ser concebido y no nacido, cuando producto de la aplicación de las normas que, prontamente, se convertirán en ley, resulte privado, perturbado o amenazado en el legítimo ejercicio del derecho a su vida como establece el artículo 20 de la Carta Fundamental.



SEGUNDO CAPÍTULO. Objeción de conciencia.

Los Ministros señores Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino estuvieron por rechazar los requerimientos de autos en lo concerniente a la impugnación en materia de objeción de conciencia, por las razones que señalan a continuación:

I. La regla.

1°. Que el artículo 1° numeral 3° del proyecto de ley que introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario, dispone el primer reconocimiento legal expreso de la objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico chileno, en este caso, aplicable al procedimiento médico de aborto con las características que indicaremos. Primero, se trata de una excepción del cumplimiento de la ley fundada en imperativos de conciencia al aborto. Segundo, abarca al "médico cirujano requerido" y al



001346

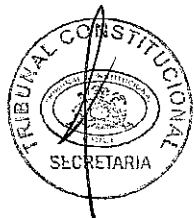
191

mil trescientos cuarenta y seis

"resto del personal profesional" que realizan sus funciones dentro del pabellón quirúrgico y que hayan comunicado tal impedimento al "director del establecimiento de salud". Tercero, se trata de una objeción de conciencia que alcanza exclusivamente a los sujetos indicados y no a la institución en donde trabajan. Cuarto, los profesionales referidos pueden trabajar indistintamente en instituciones públicas o privadas de salud. Quinto, la interposición de la objeción de conciencia obliga al centro médico a disponer de un profesional no objetante para la atención de la mujer. Sexto, si no existiere ningún personal no objetante la mujer deberá ser derivada a otro establecimiento médico. Séptimo, existen dos contraexcepciones a la objeción de conciencia. Uno en el caso del aborto derivado de la primera causal cuando "la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable". Y respecto de la causal derivada de la violación, "si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal". En ambos casos, "quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo". Finalmente, es deber del Ministerio de Salud dictar los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia los que deben orientarse al objetivo de asegurar la atención médica de la paciente;

II. Las impugnaciones.

2°. Que la existencia de esta institución implica tres impugnaciones diferentes. Primero, que los sujetos beneficiarios de la excepción no son todos aquellos que intervienen a una paciente dentro del pabellón quirúrgico, no alcanzando al personal no profesional en cada establecimiento de salud. Asimismo, la objeción solo se limita a aquellos actos que realizan la fase final de





001347

mil trescientos cuarenta y siete

la intervención médica en el pabellón y no a todos sus actos preparatorios (fs. 91 y 97 del expediente Rol 3751). Estas diferenciaciones son entendidas como arbitrarias, vulnerando el artículo 19, numeral 2° de la Constitución. Denominaremos a ésta impugnación como **objeción de conciencia ampliada;**

3°. Que otra impugnación es la referida al impedimento práctico de oponer la objeción de conciencia en las causales números 1° y 3° del artículo 1° numeral 1° del proyecto de ley, ambas en una situación límite. Al obligar la ley a realizar el aborto se violaría la propia libertad de conciencia, especialmente, tratándose del vencimiento del plazo en el caso de la tercera causal, porque en la primera la expresión "atención inmediata e impostergable" se asociaría a un peligro de la vida de la madre (fs. 98 del requerimiento en el expediente Rol 3751). Esta circunstancia implica una vulneración del artículo 19, numeral 6° de la Constitución. Denominaremos en esta disidencia a esta infracción como **objeción de conciencia sin excepciones;**

4°. Que la tercera y última impugnación, es que la objeción de conciencia no abarque a las instituciones de salud obligadas por esta ley a realizar la interrupción del embarazo. De esta manera, esta ausencia de reconocimiento de esta objeción de conciencia, traducida en un ideario institucional, vulneraría la autonomía constitucional de los cuerpos intermedios amparada en el inciso tercero del artículo 1° de la Constitución y en el reflejo de su garantía en el inciso primero del numeral 15° del artículo 19 de la Constitución, como infracción a su libertad de asociación (fs. 98 a 106 del requerimiento del expediente Rol 3751). El tipo de infracción denunciada implica que esta objeción abarcaría solo a instituciones privadas, únicas susceptibles de requerir un estatuto asociativo, y que el reproche no abarca el



*mil trescientos cuarenta y ocho*

propio artículo 19, numeral 6° de la Constitución. La reseñaremos como **objeción de conciencia institucional**;

III.- Efecto normativo de lo solicitado por los requirentes y la competencia decisoria del Tribunal.

5°. Que ambos requerimientos solicitan declarar la inconstitucionalidad "del Artículo 1° (...) N° 3 en su totalidad" (fs. 152 del expediente Rol 3751 y a fs. 61 del expediente Rol 3729). No obstante, otorgan competencia para estimar que los requerimientos se acojan y se declare tal inconstitucionalidad de un modo "total o parcialmente";

6°. Que, como hemos explicado, la regla que introduce la objeción de conciencia a la prestación médica del aborto, implica el establecimiento de la objeción misma. Por tanto, más allá del debate acerca de la necesidad de la interposición de la ley para arbitrar constitucionalmente este procedimiento, es altamente contraproducente eliminar de todo el proyecto de ley, la idea misma de la objeción de conciencia, máxime si el proyecto en el establecimiento de sus causales de justificación fue estimado constitucional por esta Magistratura;

7°. Que, por lo anterior, es necesario reconducir las impugnaciones a aspectos regulatorios parciales del artículo 1° numeral 3° del proyecto de ley, especialmente, si las atribuciones del Tribunal Constitucional residen en un dimensión ablativa o negativa, eliminando parte de su articulado;

8°. Que bajo esta interpretación la **objeción de conciencia ampliada**, implicaría eliminar dos veces la expresión "profesional" del inciso primero del indicado artículo para ampliar el marco subjetivo de las personas a las cuales abarca la objeción indicada. Y, a su vez, eliminar la expresión "al interior del pabellón





quirúrgico" con el objeto de ampliar la objeción de conciencia más allá del acto médico, incluyendo sus actos preparatorios;

9°. Que, del mismo modo, la **objeción de conciencia sin excepciones** se puede reflejar de dos maneras distintas. Por una parte, aquella que implique ausencia completa de excepciones a la objeción de conciencia lo que significaría eliminar todo el inciso tercero del artículo 1°, numeral 3° del proyecto de ley. Sin embargo, como los propios diputados requirentes lo estiman un contrasentido, puesto que en defensa de la objeción de conciencia hay riesgo de provocar la muerte de la madre en el caso de la causal número 1°, la impugnación se reduciría a eliminar el párrafo del señalado inciso en la parte que menciona que: "tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119.";



10°. Que, por último, la **objeción de conciencia institucional** se traduciría en la eliminación del proyecto de ley de la frase final del inciso primero del artículo 1° numeral 3° que indica que: "La objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución."

11°. Que este ejercicio interpretativo introductorio es esencial para describir el conflicto constitucional planteado y sobre el cual estos Ministros disidentes estiman que es necesario rechazar estas impugnaciones;

IV.- Fundamentos en torno a la objeción de conciencia.

12°. Que al ser la primera vez que se introduce en el ordenamiento jurídico chileno mediante una disposición legal específica y que deviene en una

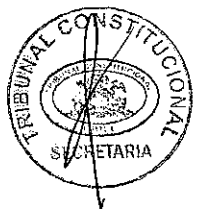
*mil trescientos cincuenta*

inconstitucionalidad de parte del proyecto de ley, parece clave referirse previamente a los fundamentos de esta institución;

A.- Deber de obediencia al derecho, desobediencia civil y objeción de conciencia.

13°. Que aún antes que el razonamiento en torno al derecho positivo, cabe entender que si bien hemos sostenido que el control de esta ley nace desde una óptica puramente normativa, alejada del lenguaje del razonamiento de la moral, el dilema de la objeción de conciencia tiene una íntima conexión con esa aproximación. No es este el lugar para resolverlo pero el punto de partida que debemos identificar es que existe un deber de obediencia al derecho que se manifiesta en el plano de la eficacia de las normas [Elías Díaz (2009), *Doxa*, N° 32, "Realismo crítico y filosofía del Derecho, p. 99]. Por cierto, que hay otros planos para verificarlo como el de la fundamentación ética de la obligación de obedecer el derecho en el marco de la obligación de respetar la democracia (Javier Muguerza (1987), *Doxa*, N° 4 "Sobre el exceso de obediencia y otros excesos"). Pero en cualquier caso, la objeción de conciencia se inserta en que estos deberes entrañan límites. Si la ley es la construcción de voluntades hasta configurar una voluntad general mediante la deliberación que genera obligación jurídica, la desobediencia es la separación de la voluntad colectiva en la reafirmación de una voluntad individual por argumentos relativos a la lesión de la integridad moral de una conciencia;

14°. Que el Derecho en las sociedades democráticas y pluralistas se cimenta en un entendimiento básico acerca de la eficacia, validez, legitimidad y fuerza de los mandatos normativos. Este entendimiento se traduce en





mil trescientos cincuenta y uno

reglas tan claras como el imperativo de que la ley rige para todos por igual y que ésta se presume conocida por todos, aunque de hecho la ignoremos. Una sociedad está basada en el Derecho, porque es el único modo de organizar los consensos básicos que le permiten construir un Estado de Derecho con sus elementos que lo caracterizan. Por lo mismo, pocos dudarían que la erosión, la evasión o la elusión de la ley democráticamente deliberada importan un debilitamiento del propio Estado de Derecho. No existe ninguna atribución que entregue el propio ordenamiento que habilite a sus ciudadanos a desentenderse de los mandatos del Derecho. Eso es un retorno al no derecho, al imperio de la voluntad individual o al de la fuerza desnuda;

15°. Que, pese a lo dicho, en democracia la ley o alguno de sus mandatos, pueden poner en tensión las convicciones personales de sus ciudadanos a partir de la construcción de deberes jurídicos que vulneren su conciencia, sea que esté fundada en la definición de reglas de autonomía moral o de un determinado código deontológico. Esta insumisión dentro del ordenamiento democrático puede manifestarse de dos maneras disímiles. Por una parte, mediante desobediencia civil o, por la otra, ejercitando la objeción de conciencia;

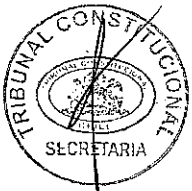
16°. Que la desobediencia civil implica una opción política activa a través de la oposición a la norma y con el objeto preciso de cambiarla o de echar abajo una determinada política pública. Es así como la define John Rawls al indicar que ésta es "un acto ilegal público, no violento, de conciencia pero de carácter político, realizado habitualmente con el fin de provocar un cambio en la legislación o en la política gubernativa" (John Rawls (1971-2011), *Teoría de la justicia*, FCE, 8° reimpresión, p. 332). La desobediencia, en consecuencia, puede ser una mezcla de un activismo político, con un carácter público, altamente simbólico del conjunto de



*mil trescientos cincuenta y dos*

actos individuales o colectivos y con la voluntad consciente de tolerar los castigos y sanciones que devienen del incumplimiento de la norma. Nada de esto parece ocurrir en la objeción de conciencia, puesto que en ella la oposición del objetor a la norma busca simplemente el respeto de su conciencia porque le resulta intolerable cumplir el mandato legal ordenado. El objetivo buscado es cautelar la integridad e inviolabilidad de su juicio moral que no puede ser forzado por mandatos externos, como el de la ley, que lesionan la convicción íntimamente alcanzada de la injusticia del deber impuesto. La objeción de conciencia se vive para sustraerse del deber y no para hacer propaganda de ella. Lo anterior, no implica que no existan conexiones entre estos actos de insumisión. Muchos pueden ser desobedientes contra esta misma ley pero muy pocos (determinado personal médico) pueden estar en el círculo de los objetores. El médico especialista en materias perinatales puede ser objetor y, además, desobediente. Un oculista carece de la primera opción. De lo que se deduce que la desobediencia no requiere de norma legal habilitante, bastándole la libertad de expresión y el derecho de reunión. En cambio, la objeción de conciencia exige necesariamente un marco normativo;

17°. Que, finalmente, se trata de un deber de obediencia al Derecho y no a la ley. No importando las teorías de justicia que profesemos, entendemos en ellas una presión crítica del Derecho por modificar los mandatos inicuos de la ley. Es evidente que las leyes no se identifican con el Derecho y éste es el que permite preservar la justicia frente a la ley. La ley democrática misma puede contener grados de injusticia tolerables de acuerdo a concepciones políticas y morales esencialmente pluralistas. Por lo mismo, es el Derecho el que habilita al legislador a definir cuáles son los supuestos que permiten identificar mandatos que intensamente pueden vulnerar la conciencia.





mil trescientos cincuenta y tres

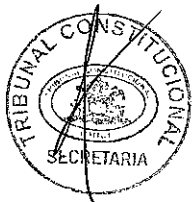
Por lo tanto, en doctrina no existe un régimen general de objeción de conciencia sino que tantas objeciones como las que habilite expresa y circunscritamente el legislador (objeción al servicio militar obligatorio, objeción al juramento, objeción fiscal u objeción al aborto, etcétera);

B.- Síntesis del marco constitucional de la libertad de conciencia.

18°. Que la libertad de conciencia en Chile tiene norma expresa, alcances interpretativos y efectos jurídicos que delimitan la fundamentación de la objeción de conciencia, según veremos;

19°. Que, en cuanto a la norma de reconocimiento, la Constitución dispone en el artículo 19 numeral 6° inciso primero el aseguramiento a todas las personas de la "libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público";

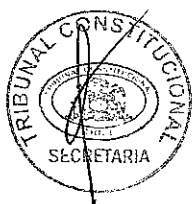
20°. Que en lo relativo a sus alcances interpretativos, la "libertad de conciencia" aparece en nuestro ordenamiento jurídico con la Constitución de 1925 como reflejo de la separación de la Iglesia Católica y el Estado de Chile, reconociéndose en el artículo 10, numeral 2° una norma muy similar a la actual, aunque partía con la consagración primaria de la manifestación de todas las creencias y en seguida, de la propia libertad de conciencia. Esta consideración, y el marco de la discusión de este precepto en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, dio pábulo a una lectura restringida de la libertad de conciencia asociándola a "la creencia en un dios o ser superior, esto es la adhesión religiosa" [Eduardo Aldunate, Coordinador (2009) *Constitución Política de la República de Chile*, Tomo I,





mil trescientos cincuenta y cuatro

Thomson Reuters, p. 175). Esta versión restringida es sostenida por Alejandro Silva Bascuñán en cuanto si bien reconoce la dimensión amplia de que "libertad de conciencia existe en cuanto toda forma de pensamiento y de creencia, la tradición conceptual es aludir específicamente con tal expresión al derecho a pensar y a creer sin coacciones en lo que se refiere tan solo a la Divinidad" [Alejandro Silva Bascuñán (2006), *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, p. 235). Hay una dimensión más amplia que protegería "toda elaboración del intelecto sea ésta la adhesión religiosa, filosófica, ideológica, política o de cualquier otra índole" (Aldunate: 2009, p. 175);



21°. Que el alcance de ambas tesis parten de la base de un punto de vista común: la libertad de conciencia opera como reconocimiento de protección al fuero interno. En términos de José Luis Cea, "la conciencia es una cualidad íntima y, por lo tanto, irregulable por el derecho mientras no se exteriorice o manifieste, de modo sensible a través de conductas observables o perceptibles" [José Luis Cea Egaña (2004), *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 207]. Lo mismo lo sostienen otros autores [Alejandro Silva Bascuñán (2006): pp.234-237 o Mario Verdugo y Emilio Pfeffer (2005), *Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de segunda edición, pp. 258-260];

22°. Que el efecto jurídico es que respecto de la conciencia "constituye una obligación de abstención del Estado, que fija una facultad primaria de formación del propio juicio, sin ningún tipo de interferencias, haciendo posible la determinación de valores de acuerdo con los cuales cada quien desarrolla su vida" [Gonzalo García y Pablo Contreras (2014), *Diccionario Constitucional Chileno*, Tribunal Constitucional, p. 613]. Este marco de abstención parece ser más imperioso que



001355

mil trescientos cincuenta y cinco

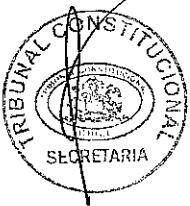
nunca puesto que mediante medios tecnológicos lo que se creía protegido en el fuero interno podría ser interferido en el futuro, cuestión irrelevante en este caso;

C.- Libertad de conciencia como fundamento constitucional de la objeción de conciencia.

23°. Que no es posible colegir automáticamente que la libertad de conciencia devenga en objeción de conciencia. Ello exige alguna explicación en la cual hay desacuerdo. Primero, porque la Constitución no menciona la idea de objeción de conciencia. Segundo, porque la ausencia de mención lleva a determinar la necesidad de especificar el estatuto teórico constitucional que la ampare;

24°. Que respecto de la misma, en nuestra doctrina existe una tesis negacionista-limitadora. Sostenida por el Profesor Rodolfo Figueroa, parte de la base de definir que el ámbito de la objeción de conciencia es un resorte del legislador y que no puede fundarse de un modo directo en la libertad de conciencia. Por tanto, serían facultades reconocidas por el propio legislador y que no pueden sostenerse en un "derecho moral a la objeción de conciencia" y que menos éste tiene un carácter "absoluto", puesto que de vincularse con la libertad de conciencia no habría que olvidar que ésta, está sujeta a limitaciones derivadas de la "moral, las buenas costumbres o el orden público". [Rodolfo Figueroa (2016), "Objeción de conciencia y aborto", en Lidia Casas y Delfina Lawson (2016), *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, pp. 147-178];

25°. Que en la tesis contraria, sostenida por la Profesora Ángela Vivanco es que la objeción de conciencia sería un derecho implícito y derivado del artículo 19, numeral 6° de la Constitución. [Ángela Vivanco (2016), "La objeción de conciencia como derecho constitucional.





001356

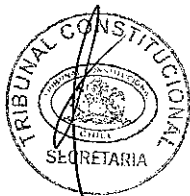
201

mil trescientos cincuenta y seis

Una especial mención a la objeción de conciencia ante la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, propuestas en el caso chileno", en Lidia Casas y Delfina Lawson (2016), *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, pp. 147-178];

26°. Que la diferencia entre ambas tesis, es que la amplia la asocia a la libertad de conciencia y la restringida a los límites de la misma, definidos en el inciso primero del numeral 6° del artículo 19 de la Constitución. En cualquier circunstancia, ambas con un anclaje constitucional. Una de las consecuencias jurídicas de esta diferencia se dio en la Constitución española a raíz de la expresa mención en ésta a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. La ausencia de la dictación de la ley por un tiempo, llevó a que se reconociera un contenido esencial intangible a la objeción aún en ausencia de ley. Este es el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional español 15/1982, de 23 de abril, que indicó que "el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que en el caso presente habría de identificarse con la suspensión provisional de la incorporación a las filas" del servicio militar (fundamento jurídico 8°);

27°. Que si se sostuviera una tesis fuerte de objeción de conciencia aún faltaría el reconocimiento expreso en la Constitución para invocar un contenido esencial intangible, como en el ejemplo español recién aludido. Por lo mismo, es posible de razonar con ambas tesis ya que éstas exigen el reconocimiento legal expreso de la objeción de conciencia por parte del legislador ya que no existe ninguna modalidad directa de objeción de conciencia en la propia Constitución. Dicho de otra manera, no se puede deducir del carácter implícito de la objeción de conciencia una vulneración a un contenido



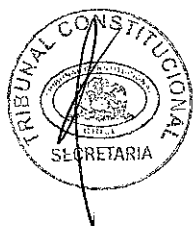


001357

mil trescientos cincuenta y siete

esencial por una regla genérica de incumplimiento respecto de potenciales objetores;

28°. Que una primera consideración es que la libertad de conciencia no puede ser protegida únicamente como un mandato de no intervención de una idea que está alojada en el fuero interno de los individuos. El derecho opera sobre sus manifestaciones externas y sería sencillo para el Estado dar por siempre cumplido su deber de abstención en una especie de libertad de conciencia ciento por ciento garantizada. Se podrá decir que la conciencia se ha de manifestar en una creencia y que sólo éstas serían las manifestaciones externas protegidas;



29°. Que en nuestro concepto resulta claro que la Constitución protege la libertad de conciencia como una dimensión separada de la libertad religiosa, fundando el pluralismo moral compatible con un régimen democrático de amplio espectro ideológico. De tal modo, que "las convicciones religiosas pueden determinar la conciencia de las personas, pero la religión no tiene el monopolio de la sobre la conciencia y, de hecho, está sujeta al examen y evaluación con base a la conciencia" [Bernard Dickens (2016), "El derecho a la conciencia", en Rebeca Cook, Joanna Erdman y Bernard Dickens, *El aborto en el derecho transnacional*, FCE, México, p. 271];

30°. Que podemos sostener que es parte del contenido constitucionalmente protegido que la conciencia se manifieste con "libertad" y no lo sería si aquella concluyese únicamente en "creencias" de raíz religiosa. Justamente, la inversión de los términos desde la Constitución de 1925 a la actual, implica un reforzamiento de la libertad ideológica de toda persona;

31°. Que, en este sentido, la objeción de conciencia nace en el espacio intermedio del tránsito de una manifestación auténtica de la conciencia, desde su consagración en el seno del juicio interno de la conciencia de una persona hasta su concreción como



mil trescientos cincuenta y ocho

creencia en un sentido amplio y no solo de aquellas expresiones propias de la libertad religiosa. Es parte del juicio de conciencia, libremente adquirido, el poder defenderla frente a contenidos normativos que la vulneran de un modo intolerable. El contenido jurídico constitucional de la objeción es la reacción de la conciencia frente a un mandato normativo que atente contra convicciones autónomas, razonadas y esenciales, todo lo cual hace parte de la noción de la libertad de conciencia a objeto de representar una juridicidad externa propia del Derecho Constitucional;

32°. Que esta tesis amplia de libertad de conciencia en su vínculo con la reacción objetora va en línea con lo sostenido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (artículo 18 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos) en orden a concatenar libertad de conciencia, primero, y libertad de religión, con posterioridad, incluso antecediendo la libertad de pensamiento en el primer caso;

33°. Que, asimismo, cabe indicar que la única expresión de la objeción de conciencia en los tratados de derechos humanos se circunscribe a una tesis interpretativa en orden a no considerar como trabajo forzoso u obligatorio el servicio militar así como el servicio nacional sustitutorio de éste, "en los países donde se admite la exención por razones de conciencia" (artículo 8.3.c)ii) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por tanto, reconoce la objeción de conciencia pero como una cuestión competencial del derecho interno de los Estados;

34°. Que otra consecuencia de esta consideración amplia que hemos defendido en este voto disidente reside en el hecho de que es admisible una objeción de conciencia fundada en convicciones de naturaleza moral y no

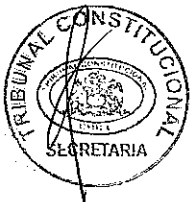


001359
mil trescientos cincuenta y nueve

únicamente de orden religioso, como reacción a la vulneración de la conciencia por mandatos legislativos;

35°. Que no basta con preservar la extensión de la conciencia a través de las convicciones personales sino que hemos de definir cuándo se puede invocar objeción de conciencia y quiénes pueden invocarla. Desde ya estas consideraciones parten de la base que hace parte del núcleo de la objeción de conciencia estos dos dilemas, más allá de la decisión del legislador;

D.- La objeción de conciencia: las características de su núcleo indisponible.



36°. Que reconocida la constatación constitucional de la objeción de conciencia cabe identificar su núcleo indisponible como elementos que caracterizan esta figura. Para esta identificación hemos trabajado sobre un conjunto de trabajos doctrinarios nacionales y extranjeros que se reseñan pero respecto de los cuales se ha construido una forma diferente no imputable a estos autores [Ramón Soriano, *Las libertades públicas*, Tecnos; Luis Prieto Sanchis (2006), "Libertad y objeción de conciencia" en *Persona y Derechos*, N° 54; Luis Prieto Sanchis (2011), "La objeción de conciencia sanitaria", en Marina Gascón, María del Carmen González y Josefa Cantero (coordinadoras), *Derecho Sanitario y Bioética*, Tirant lo Blanch; Diego Papayannis, "La objeción de conciencia en el marco de la razón pública", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*; Ángela Aparisi y José López (2006), "El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto" en *Persona y bioética*, Revista N° 1, Volumen 10; Javier García y Frank Cranmer (2010), "Objeción de conciencia al aborto en el Reino Unido" en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* N° 23; Karin Neira y Esteban Szmulewicz (2006), "Algunas reflexiones en torno al



001360

205

mil trescientos sesenta

derecho general de objeción de conciencia", *Derecho y Humanidades*, N° 12];

37°. Que estos requisitos son: primero, existencia de una obligación legal injusta. Segundo, que el objetor esté en una encrucijada moral insoslayable de la que no tenga escapatoria. Tercero, que no exista un bien jurídico superior que permita ponderar el sacrificio de la conciencia. Cuarto, que la reacción de la conciencia se dé dentro de un marco normativo regulado restrictivamente por el legislador. Quinto, que la titularidad de la conciencia debe estar acorde a la naturaleza del conflicto planteado. Sexto, que se trate de un comportamiento omisivo del objetor. Séptimo, que el conflicto de la conciencia se fundamente en razones religiosas, éticas, morales o axiológicas. Octavo, que la exención de la ley opere como una excepción al principio de cumplimiento general de la ley y, noveno, que la objeción de conciencia no afecte los derechos de terceros;

1.- Obligación legal injusta.

38°. Que salvo la referencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [artículo 8.3.c).ii)] a la hipótesis del servicio militar obligatorio, el conjunto de obligaciones injustas deben darse de un modo inequívoco. Por ejemplo, la propia Constitución configura una hipótesis que algunas personas podrían estimar injusta, a raíz de los juramentos promisorios previos para el desempeño de un cargo público, en el nombre de creencias que no son las suyas. Sin embargo, la propia Constitución en el inciso tercero del artículo 27 lo define como "juramento o promesa", desvirtuando toda hipotética injusticia;

39°. Que la injusticia de la obligación reside en un conjunto específico de circunstancias que debe ser



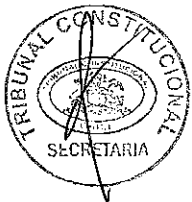


001361

206

mil trescientos sesenta y uno

verificada caso a caso. Por lo mismo, si existe dificultad de establecer un estatuto constitucional de todos los deberes, con mayor razón de las posibilidades de exención por razones de conciencia de los mismos. En tal sentido, la disyuntiva se ha de plantear en términos intensos y los casos para los cuales ha sido planteados reflejan una cierta gradiente de intensidad. El caso más paradigmático es la realización del servicio militar obligatorio respecto de personas que no pueden portar armas por fuertes convicciones religiosas. De la misma manera, el caso de objeción al aborto que ya veremos. Y aún otros ejemplos como el de objeción fiscal, en cuanto utilización de los tributos para usos incompatibles con mis creencias;



2.- Encrucijada moral insoslayable.

40°. Que no basta con identificar una injusticia en un mandato legal para autorizar una reacción objetora. Cabe una cuestión adicional: debe tratarse de una situación límite respecto de la cual no hay otro marco de conducta posible. La carencia de alternativas es lo que agudiza la conciencia humana, puesto que la ley hay que cumplirla de un modo tal que el sujeto se vea impelido a vulnerar su propia conciencia al actuar conforme a la ley;

41°. Que esta encrucijada debe ser de tal modo inevitable que cualquiera opción que se abra determina un reforzamiento del cumplimiento de la ley. Por lo mismo, la propia legislación de muchos países estima compatible el deber de realizar el servicio militar obligatorio con una objeción de conciencia limitada a un aspecto de éste, el de portar armar, pero no al impedimento de realizar otros servicios sustitutivos. Simplemente hay más opciones y no es insoslayable el sacrificio. Asimismo, la jurisprudencia en algunos casos ha sostenido con claridad que tampoco se puede tener una visión exacerbada del



001362
mil trescientos sesenta y dos 207

dilema moral porque a veces el drama ya ha acontecido. Tal es el caso de todos los actos posteriores a un aborto como lo ha sostenido la Sentencia Rol UKSC 2014/68, del 17 de diciembre de 2014 de la Corte Suprema del Reino Unido;

3.- Inexistencia de bienes jurídicos superiores a la objeción de conciencia.

42°. Que la obligación injusta y sin salida no configuran por sí mismo los requisitos para invocar a todo evento la existencia de una objeción de conciencia. Esto solo corresponde a la delimitación jurídica de la objeción que permite que esta figura opere dentro del ordenamiento. Sin embargo, una tesis de esta naturaleza implicaría que la objeción de conciencia es un absoluto carente de todo tipo de límites, con lo que vulneraría la propia Constitución en el artículo 19, numeral 6°, puesto que su inciso primero somete la libertad de conciencia al cumplimiento de límites: la moral, las buenas costumbres y el orden público. No es posible que la libertad explícita esté sometida a límites y la objeción refleja carezca de éstos;

43°. Que este es el ejemplo de la necesaria ponderación de bienes jurídicos que hay que realizar en casos que siendo insoslayables, refieren a un bien jurídico superior. Por ejemplo, la existencia de la primera causal frente a una hipótesis límite de interposición de la objeción de conciencia debe ceder necesariamente frente al riesgo de vida de la madre. Este ejercicio no es más que la simple contrastación de la equivalencia de normas por jerarquía. Aquí hemos indicado que la objeción de conciencia es parte del contenido constitucional de la libertad de conciencia como un efecto reflejo del mismo que debe articularse en relación con la titularidad indudable del derecho a la vida de la mujer, así como de





sus derechos a la integridad física y psíquica y de protección de su salud;

4.- Marco regulatorio de la objeción de conciencia.

44°. Que una de las consecuencias más evidentes de la consideración de un contenido constitucional protegido en el reflejo reactivo de la libertad de conciencia es que no es posible considerar una objeción de conciencia específica. La Constitución reconoce la reacción protectora de la conciencia, pero no se puede deducir de ella ninguna modalidad específica de objeción de conciencia. Por lo mismo, es absolutamente imprescindible la existencia de un marco regulatorio que sea definido por el legislador caso a caso;

45°. Que se puede sostener que existe una especie de derecho general de objeción de conciencia que supliría la inexistencia de causas especiales de objeción [Neira y Szmulewicz (2006), pp. 195-197]. Si bien es dudoso partir de esa consideración, en cualquier circunstancia se ha de tratar de posiciones *prima facie* entendidas como principios. Puesto que si se considerara que existe un derecho general de objeción de conciencia como una regla definitiva, ello se asimilaría a un inaceptable "derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias" (Sentencia del Tribunal Supremo español de 11 de febrero de 2009). La mayor o menor fidelidad a su autenticidad no es un título para eximirse de todo el derecho;

46°. Que la consecuencia jurisprudencial de este antecedente es que no es posible concebir modalidades específicas de objeción de conciencia que carezcan de regulación. No existe en el derecho comparado objeciones de conciencia del todo desreguladas o desformalizadas. Tampoco existen aquellas que son configuradas, complementadas o definidas mediante actos

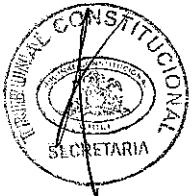




001364 209
mil trescientos sesenta y cuatro

jurisdiccionales que crean expectativas de derechos de alcance general. La única manera de establecer una objeción de conciencia es a través del ejercicio de la potestad legislativa, siendo el Congreso Nacional el que determine sus beneficiarios, delimite sus contornos normativos, fije sus requisitos y establezca el procedimiento;

47°. Que la objeción de conciencia está regulada en beneficio del objetor, puesto que éste ha de tener certeza que su insumisión tiene un sentido normativo práctico que lo liberará de responsabilidad y que atribuirá dicho deber a otra persona u órgano. Todo lo cual exige una mandato legal expreso;



5.- Titularidad acorde a la naturaleza del conflicto de conciencia.

48°. Que otro requisito es verificar hasta dónde alcanza la titularidad de la objeción de conciencia. Y en estos hay demasiadas constataciones de que la titularidad de la libertad de conciencia abarca únicamente a las personas naturales. Se corresponde con su sentido etimológico, psicológico, jurídico y práctico. Por de pronto, hay juristas de la más diversa adscripción filosófica que así lo acreditan. "Dado que la conciencia solo se predica de la persona singular, la libertad de conciencia tiene por titular, únicamente, a las personas individualmente consideradas y no a las comunidades o grupos" (Aparisi y López: 2006, p. 38). Y lo anterior se deriva de la naturaleza misma de la objeción. No podemos soslayar que la voz "conciencia" en cualquiera de sus versiones está siempre referida a las personas naturales. En cinco acepciones pertinentes de la Real Academia Española todas llevan a esa misma conclusión: "1. f. Conocimiento del bien y del mal que permite a la persona enjuiciar moralmente la realidad y los actos, especialmente los



001365

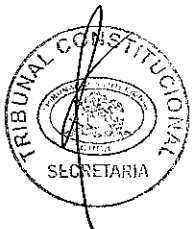
210

mil trescientos sesenta y cinco

propios. 2. f. Sentido moral o ético propios de una persona. *Son gentes sin conciencia.* 3. f. Conocimiento espontáneo y más o menos vago de una realidad. *No tenía conciencia de haber ofendido a nadie.* 4. f. Conocimiento claro y reflexivo de la realidad. *Aquí hay poca conciencia ecológica.* 6. f. Fil. Actividad mental del propio sujeto que permite sentirse presente en el mundo y en la realidad." En diccionarios especializados tampoco hay duda: "en lo psicológico, autoconocimiento humano y reconocimiento de la propia individualidad; en lo intelectual, conocimiento reflexivo y exacto; en lo ético, facultad moral que distingue el bien y el mal; Figuradamente, proceder sano, conducta justa" (Guillermo Cabanellas (1982), *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Tomo II, Editorial Heliasta, Argentina, p.254). Desde el punto de vista psicológico, la conciencia "es el pináculo de la evolución del sistema nervioso. Es un proceso mental, es decir, neuronal, mediante el cual nos percatamos del yo y de su entorno en el dominio del tiempo y del espacio (...)" [Natalia Consuegra (2011), *Diccionario de Psicología*, Ecoe Ediciones, Bogotá, pp. 49]. Y, finalmente, la práctica de los tribunales de justicia en diversos lugares del mundo la han reconducido a esa misma titularidad natural. Simplemente como por ejemplo, así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional de Perú en el Exp. N° 0895-2001;

49°. Que la libertad de conciencia y su objeción consiguiente solo pueden estar adscritas a personas que tengan capacidad volitiva de conciencia. Y acorde a su naturaleza éstas no son sino las personas humanas. Conforme al epígrafe del artículo 19, los derechos son los correspondientes a "todas las personas", siendo necesario aplicar una tesis extensiva a las personas jurídicas "en cuanto sean acordes a su propia condición";

50°. Que quizás por lo mismo, autores nacionales afinquen el establecimiento de esta objeción fuera de las



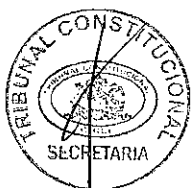


001366

mil trescientos sesenta y seis

personas naturales, configurando una interpretación ya fuera de esta libertad de conciencia y la vinculen al derecho de las asociaciones, reconocidas tanto en el artículo 1°, inciso tercero de la Constitución, como en la garantía específica del artículo 19, numeral 15° de la misma, así como en la libertad religiosa. (Manuel Antonio Núñez, "Convicciones éticas institucionales y objeción de conciencia colectiva en el sector sanitario público y privado", en Lidia Casas y Delfina Lawson (2016), *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*", Universidad Diego Portales);

6.- Comportamiento omisivo del objetor.



51°. Que la conducta del objetor consiste en la mera omisión. Diferenciada radicalmente de la desobediencia política y de la articulación de una reforma al sistema normativo que impone el deber legal, la objeción de conciencia reposa en ser "un método pacífico y con absoluto respeto al proceso democrático. El objetor de conciencia tan solo reclama pacíficamente el respeto a una condición ética o de justicia que es parte de su propia identidad personal" (Aparisi y López (2006), p. 40);

52°. Que la sola constatación de que se necesiten normas complementarias, interpretaciones jurídicas o jurisdiccionales subsidiarias o el auxilio eventual del legislador implica salirse de la figura de la objeción de conciencia esencialmente reactiva y pasiva;

7.- Fundamento ético, religioso o axiológico de la objeción de la conciencia.

53°. Que es fundamental reconocer que en el ordenamiento chileno la invocación de la objeción de



001367

212

mil trescientos sesenta y siete

conciencia es de amplio espectro ideológico y no está reservado solo a las convicciones personales de origen religioso. Ya describimos que la Constitución (artículo 19, numeral 6°) ampara desde lo general (conciencia) hacia lo específico (religioso). Por lo mismo, la consecuencia natural es que la objeción sigue la suerte del objetor y no de la forma jurídica de la entidad en que éste trabaje o a la que se vincule. Y no puede ser de otra manera ya que "el Estado está al servicio de la persona humana", siendo sus convicciones un reducto respecto del cual no puede haber imposiciones que las vulneren;



8.- Que la objeción de conciencia es una excepción a la generalidad de la ley.

54°. Que otra diferencia que se deriva de la actitud beligerante contra la ley, propia del desobediente, es que éste lucha contra la injusticia de la norma y, por lo mismo, desea reformarla. En cambio, el objetor entiende que ese mandato es injusto respecto de sus convicciones pero puede no estimarlo así respecto de la sociedad ni pide que no se aplique la norma. Por tanto, lo que busca es eximirse de su mandato de generalidad, configurando técnicamente una excepción;

9.- Que la objeción de conciencia no afecte los derechos de terceros respecto de los cuales existen otras obligaciones jurídicas.

55°. Que la objeción de conciencia es una excepción personal, omisiva y regulada que puede ceder frente a bienes jurídicos superiores en función de la naturaleza del deber jurídico exigido. Esto exige mirar los efectos de los deberes y en favor de quiénes están establecidos.



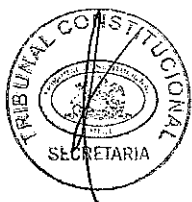
001368

mil trescientos sesenta y ocho

"Raz distingue entre deberes paternalistas, o que benefician al mismo objetor, deberes en relación con otras personas determinadas, y deberes en relación con el interés público. Considera que la objeción de conciencia es más difícil de conceder en la segunda clase de deberes jurídicos, porque en el primer caso, se trata de deberes favorables al individuo obligado a cumplirlos, que puede preferir objetar a la norma que le beneficia, y en el tercer caso, de normas que conceden cierta flexibilidad en virtud de la insignificante contribución de cada una de las personas obligadas" [Soriano, 1990: p. 28];

56°. Que sin perjuicio de los matices que hace el propio autor, esta distinción refuerza la idea de que hay deberes que pueden ser transferidos con mayor libertad, como es el ejemplo del servicio militar obligatorio, puesto que su aporte al bienestar general es menor. Hay miles de ciudadanos que pueden ocupar dicha función anualmente. Habrá otros que atienden a su consideración personalísima sin afectar más que al propio objetor, como es el ejemplo del que se niega a realizar un juramento perjudicándose. En cambio, hay un espacio intermedio en dónde no hay puros deberes personalísimos ni rasgos genéricos de interés público. Existen derechos fundamentales y un conjunto menor de personas impelido por la ley a cumplir el mandato normativo exigido por la ley. Dentro de éstos se inscribe la objeción al aborto;

57°. Que como el carácter de estas obligaciones es más intenso cuando están vinculados los derechos de terceros, en este caso la madre en situaciones límites, no es posible sostener excepciones en el aire, sin una minuciosa descripción de los deslindes relativos a las titularidades invocadas, los contenidos de la objeción de conciencia y sus efectos. Por lo mismo, "la objeción debe ser asimilada por el ordenamiento jurídico democrático, como forma de libertad ideológica y de conciencia, cuando supone la negación de deberes jurídicos transferibles,



*mil trescientos sesenta y nueve*

intercambiables y de efectos negativos no relevantes para terceros" [Soriano, 1990: 31];

V.- Criterios interpretativos de este voto.

58°. Que conforme a lo explicado cabe delinear los criterios interpretativos para abocarse, con posterioridad, a fundar el rechazo de los requerimientos y estimar la constitucionalidad de las tres objeciones de conciencia planteadas por una minoría parlamentaria en relación con el caso especial de la objeción a un procedimiento médico de interrupción de un embarazo;

59°. Que hay criterios interpretativos de naturaleza general que abarcan a todas las objeciones de conciencia. Y habrá otros que serán específicos de la expectativa normativa de extender la objeción de conciencia a determinadas personas jurídicas;



1.- La objeción de conciencia exige regulación.

60°. Que hemos sostenido que la objeción de conciencia se deduce de la libertad de conciencia. Sin embargo, se deduce de un modo que establece tan solo una disposición genérica para objetar, como una posición jurídica a primera vista, y que debe armonizarse con otros derechos y bienes jurídicos involucrados. Las objeciones son excepcionales y deben interpretarse de un modo restrictivo. Hasta aquí podemos extender al máximo la disposición del artículo 19, numeral 6°, de la Constitución puesto que no es posible indicar qué tipos de objeciones de conciencia defina el legislador. Solo que la Constitución dispone un título habilitante al legislador para disponerlas;

61°. Que la definición de la titularidad, el contenido, el procedimiento, los requisitos y los efectos de la