



EN LO PRINCIPAL: Se declare la inconstitucionalidad del artículo 1° N.° 1 en su totalidad, N.° 2 en sus incisos 1, 2, 3, 4 y 6, N.° 3 en su totalidad, N.° 4 en su totalidad, y de los artículos 2°, 3° y artículo transitorio, éstos en su totalidad, todos correspondientes al proyecto de ley que “Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”, contenido en el boletín N.° 9895-11, por los vicios que se indica; **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Acreditan cumplimiento de las exigencias y requisitos de admisión a trámite y admisibilidad contempladas en la Constitución Política de la República y en la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional; **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Acompañan documentos que indican; **EN EL TERCER OTROSÍ:** Solicitud que indica; **EN EL CUARTO OTROSÍ:** Acompañan certificado del Secretario General de la Cámara de Diputados; **EN EL QUINTO OTROSÍ:** Solicitud que indica; **EN EL SEXTO OTROSÍ:** Solicitan alegatos respecto del fondo del requerimiento; **EN EL SÉPTIMO OTROSÍ:** Solicitan la realización de audiencias públicas; **EN EL OCTAVO OTROSÍ:** Designan representante de los requirentes con sujeción a la ley, fijando domicilio y otorgando patrocinio y poder.

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los requirentes, Ramón Barros Montero, Germán Becker Alvear, Jaime Bellolio Avaria, Bernardo Berger Fett, Juan Antonio Coloma Álamos, José Manuel Edwards Silva, Gonzalo Fuenzalida Figueroa, Sergio Gahona Mazar, Gustavo Hasbún Selume, Javier Hernández Hernández, María José Hoffmann Opazo, José Antonio Kast Rist, Javier Macaya Danús, Patricio Melero Abaroa, Andrea Molina Oliva, Cristian Monckeberg Bruner, Nicolás Monckeberg Díaz, Celso Morales Muñoz, Claudia Nogueira Fernández, Iván Norambuena Farías, Paulina Núñez Urrutia, Diego Paulsen Kehr, Leopoldo Pérez Lahsen, Jorge Rathgeb Schifferli, David Sandoval Plaza, Alejandro Santana Tirachini, Ernesto Silva Méndez, Arturo Squella Ovalle, Renzo

Trisotti Martínez, Marisol Turres Figueroa, Jorge Ulloa Aguillón, Ignacio Urrutia Bonilla, Osvaldo Urrutia Soto, Enrique Van Rysselberghe Herrera, Germán Verdugo Soto, Felipe Ward Edwards, todos Diputados de la República y con domicilio para estos efectos en el Congreso Nacional de la República de Chile, Avenida Pedro Montt s/n, comuna y ciudad de Valparaíso, a este Excelentísimo Tribunal Constitucional respetuosamente decimos:

Que, en la investidura que poseemos, y siendo más de una cuarta parte de los Diputados en ejercicio, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 número 3 y 93 inciso cuarto de la Constitución Política de la República de Chile, así como en los artículos 61 y siguientes de la Ley N.º 17.997, Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, venimos en solicitar se declaren inconstitucionales el artículo 1º números 1 en su totalidad, 2 en sus incisos 1, 2, 3, 4 y 6, 3 en su totalidad, 4 en su totalidad; y los artículos 2º, 3º y el artículo transitorio, todos éstos en su totalidad, todos contenidos en el proyecto de ley que “Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”, correspondiente al boletín N.º 9895-11, por ser manifiestamente contrarios a la Constitución Política de la República de Chile, en especial a sus artículos 1º incisos 3.º y 4.º, 5º inciso 2.º, 6º inciso 2.º, 19 en sus números 1 incisos 1.º y 2.º, 2, 6 inciso 1.º, 15 inciso 1.º y 26.

Por lo anterior, de acuerdo a los antecedentes que brindaremos y a los argumentos que presentaremos a continuación, venimos a solicitar a este Excelentísimo Tribunal Constitucional, que se acoja a tramitación este requerimiento, se declare su admisibilidad y, en definitiva, se declaren las normas mencionadas del proyecto de ley en cuestión, como inconstitucionales.

Conforme a lo anterior, y para un ordenado entendimiento de la presente gestión, se ha estructurado el desarrollo de este libelo de la siguiente manera:

ÍNDICE

I. PRECEPTOS DEL PROYECTO DE LEY CUYA IMPUGUNACIÓN SE REQUIERE.....	p. 6
1. Preceptos del proyecto cuya inconstitucionalidad se solicita por ser contrarios a la Constitución Política de la República de Chile.....	p. 6
2. Cuáles son las normas constitucionales que los preceptos del proyecto vulneran.....	p. 14
II. CONSIDERACIONES PREVIAS: SOBRE LA NATURALEZA Y CONTENIDO ESENCIAL DEL PROYECTO DE LEY CUYOS PRECEPTOS YA CITADOS SON CONTRARIOS A LA CONSTITUCIÓN.....	p. 14
1. Se desprende del mensaje del proyecto que no existe una verdadera intención de considerar el estatuto del no nacido en la iniciativa legal, siendo tratado el interés de la mujer gestante como un absoluto.....	p. 15
2. Dicotomía entre lo que el proyecto supuestamente desea lograr ("despenalización") y los reales alcances a raíz del mensaje y de la redacción.....	p. 18
3. Algunas consideraciones de índole penal que requieren de precisión a la luz del análisis de los preceptos contrarios a la Constitución contenidos en el proyecto.....	p. 24
4. Acerca de si realmente existía la regulación del llamado "aborto terapéutico en Chile hasta 1989.....	p. 31
5. Implicancias que la verdadera naturaleza de las disposiciones impugnadas sea la de una prestación..	p. 36
6. La constatación de la real protección y dignidad del no nacido es en la actualidad parte integral de nuestro sistema legal y jurisprudencial.....	p. 37
III. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES A LAS QUE SON CONTRARIOS LOS PRECEPTOS YA INDICADOS DEL PROYECTO DE LEY EN COMENTO.....	p. 43
1. Preceptos que nuestra Constitución establece y que se ven violentados por el proyecto.....	p. 43
2. Situación de vulneración de los preceptos referidos, que se verifica respecto de cada uno de los artículos impugnados del proyecto en tratamiento, en lo que corresponde.....	p. 45
A. Todos los artículos impugnados contravienen lo dispuesto en el artículo 19 número 1 incisos 1º y 2º de la Constitución.....	p. 46
a) A quiénes les están asegurados los derechos constitucionales, entre ellos, la vida y la integridad física y psíquica.....	p. 46

b) Interpretación y contenido del artículo 19 N°1 incisos 1° y 2°.....	p. 48
c) En qué consiste la obligación de protección que el inciso 2° del Artículo 19 N° 1 impone al legislador.....	p. 55
d) Cuál ha sido la interpretación de este Excmo. Tribunal Constitucional sobre los preceptos invocados.....	p. 57
e) De qué modo la totalidad de las normas impugnadas afectan directamente el Artículo 19 N° 1 incisos 1° y 2° de la Constitución.....	p. 58
B. Todos los artículos impugnados contravienen lo dispuesto en el artículo 1° inciso 4°, el artículo 5° inciso 2°, el artículo 6° inciso 2° y el artículo 19 N° 26 de la Constitución.....	p. 71
a) Vulneración del artículo 1° inciso 4°.....	p. 72
b) Vulneración del artículo 5° inciso 2°.....	p. 74
c) Vulneración del artículo 6° inciso 2°.....	p. 76
d) Vulneración del artículo 19 N.° 26.....	p. 77
C. El artículo 1° números 1, 2 y 3, en las disposiciones que se indica, vulnera lo dispuesto en el artículo 19 N° 2 de la Constitución.....	p. 78
a) Acerca de cómo estas consideraciones se vulneran en las disposiciones referidas del proyecto de ley boletín 9895-11.....	p. 80
D. El Artículo 1° N° 3 (que introduce un nuevo artículo 119 ter en el Código Sanitario) contraviene lo dispuesto en el artículo 19 N° 6 inciso 1° de la Constitución.....	p. 92
a) Libertad de conciencia y objeción de conciencia.....	p. 92
b) Razones por las cuales se estima que el Artículo 1° N° 3 del proyecto (que introduce un nuevo artículo 119 ter en el Código Sanitario) contraviene lo dispuesto en el artículo 19 N° 6 inciso 1° de la Constitución.....	p. 96
E. El Artículo 1° N° 1 (que introduce un nuevo texto del artículo 119 del Código Sanitario) en sus incisos 10, 11 y final y Artículo 19 N° 3 (que introduce un nuevo artículo 119 ter en el Código Sanitario) son contrarios a lo dispuesto en los artículos 1° inciso 3° y 19 N° 15 inciso 1° de la Constitución.....	p. 98
a) El derecho de asociación y la autonomía de los cuerpos intermedios.....	p. 98
b) El reconocimiento de la adecuada autonomía de los cuerpos intermedios y la libertad de asociación son perfectamente concebibles dentro del derecho de las personas jurídicas a gozar de garantías constitucionales.....	p. 102
c) Por qué las normas señaladas del proyecto infringen lo dispuesto en el Artículo 1° inciso 3° y 19 N° 15 inciso 1° de la Constitución.....	p. 105

IV. TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE Y VIGENTES QUE TIENEN INJERENCIA EN EL ESTUDIO DE LOS PRECEPTOS IMPUGNADOS POR SU CONSTITUCIONALIDAD..... p. 106

1. Sobre los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran actualmente vigente, y que, en consecuencia, son norma exigible en nuestro país..... p. 106

A. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida comúnmente como Pacto de San José de Costa Rica)..... p. 109

a) Las disposiciones de la Convención relacionadas con las materias e tratamiento..... p. 109

b) Cómo se vulneran estas disposiciones por los preceptos impugnados del proyecto de ley..... p. 111

c) Una necesaria referencia al caso “Artavia Murillo v. Estado de Costa Rica”.....p. 119

B. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos..... p. 129

a) Las disposiciones del Pacto que refieren a las materias en tratamiento..... p. 130

b) Los preceptos del proyecto que transgreden las normas citadas del Pacto..... p. 131

C. La Convención sobre los Derechos del Niño..... p. 133

a) Disposiciones de la Convención relacionadas con las materias en tratamiento..... p. 133

b) Las disposiciones requeridas que afectan los preceptos de la Convención. p. 134

D. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo respectivo..... p. 136

a) Disposiciones de la Convención atinentes a las materias en tratamiento..... p. 136

b) Cómo vulneran las disposiciones de la Convención los preceptos impugnados..... p. 137

V. EL REAL ALCANCE DE LOS ACTUALES DERECHOS Y LIBERTADES DE LA MUJER QUE POSEE EN RELACIÓN CON SU PROPIO CUERPO Y SU INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA..... p. 142

1. Los derechos de la mujer no pueden ser considerados vulnerados por no otorgarles una protección absoluta e ilimitada..... p. 142

2. Ningún Tratado Internacional suscrito por Chile contempla dentro de los derechos que tiene la mujer, la existencia de un “derecho al aborto”..... p. 144

3. El espíritu jurídico de Chile no ha sido el de la persecución penal de la mujer, y, por el contrario, se han ido reconociendo sus garantías..... p. 146

VI. CONCLUSIONES DEL REQUERIMIENTO SOMETIDO A CONOCIMIENTO DE ESTE EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL..... p. 147

I. PRECEPTOS DEL PROYECTO DE LEY CUYA IMPUGNACIÓN SE REQUIERE.

En este apartado, deseamos señalar expresamente cuáles son los preceptos del proyecto de ley citado que vulneran normas de la Carta Fundamental, razón por la cual dichas disposiciones deben ser declaradas inconstitucionales.

1. Preceptos del proyecto cuya inconstitucionalidad se solicita por ser contrarios a la Constitución Política de la República.

En concreto, se trata de las disposiciones contempladas en el Artículo 1° número 1 en su totalidad; el Artículo 1° número 2 en sus incisos 1, 2, 3, 4 y 6; el Artículo 1° número 3 en su totalidad; el Artículo 1° número 4 en su totalidad; el Artículo 2°, el Artículo 3° y el Artículo transitorio, todos en su totalidad, disposiciones contempladas en el texto del proyecto de ley que “Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”, correspondiente al boletín N.º 9895-11, señalado anteriormente, y cuyo tenor literal específico es la que se señala en los párrafos sucesivos.

a) Artículo 1° número 1, en su totalidad:

Artículo 1°.- Incorpóranse las siguientes modificaciones en el Código Sanitario:

1. Sustitúyese el artículo 119 por el siguiente:

Artículo 119. Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando:

1) La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.

2) *El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.*

3) *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*

En cualquiera de las causales anteriores, la mujer deberá manifestar en forma expresa, previa y por escrito su voluntad de interrumpir el embarazo. Cuando ello no sea posible, se aplicará lo dispuesto en el artículo 15, letras b) y c), de la ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos siguientes. En el caso de personas con discapacidad sensorial, sea visual o auditiva, así como en el caso de personas con discapacidad mental psíquica o intelectual, que no hayan sido declaradas interdictas y que no puedan darse a entender por escrito, se dispondrá de los medios alternativos de comunicación para prestar su consentimiento, en concordancia con lo dispuesto en la ley N° 20.422 y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Si la mujer ha sido judicialmente declarada interdicta por causa de demencia, se deberá obtener la autorización de su representante legal, debiendo siempre tener su opinión en consideración, salvo que su incapacidad impida conocerla.

Tratándose de una niña menor de 14 años, además de su voluntad, la interrupción del embarazo deberá contar con la autorización de su representante legal, o de uno de ellos, a elección de la niña, si tuviere más de uno. A falta de autorización, entendiendo por tal la negación del representante legal, o si éste no es habido, la niña, asistida por un integrante del equipo de salud podrá solicitar la intervención del juez para que constate la ocurrencia de la causal. El tribunal resolverá la solicitud de interrupción del embarazo sin forma de juicio y verbalmente, a más tardar dentro de las 48 horas siguientes a la presentación de la solicitud, con los antecedentes que le proporcione el equipo de salud, oyendo a la niña y al representante legal que haya denegado la

autorización. Si lo estimare procedente, podrá también oír a un integrante del equipo de salud que la asista.

Cuando a juicio del médico existan antecedentes para estimar que solicitar la autorización del representante legal podría generar a la menor de 14 años, o a la mujer judicialmente declarada interdicta por causa de demencia, un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad, se prescindirá de tal autorización y se solicitará una autorización judicial sustitutiva. Para efectos de este inciso la opinión del médico deberá constar por escrito.

La autorización judicial sustitutiva regulada en los incisos anteriores será solicitada al juez con competencia en materia de familia del lugar donde se encuentre la menor de 14 años o la mujer declarada judicialmente interdicta por causa de demencia. El procedimiento será reservado y no será admitida oposición alguna de terceros distintos al representante legal que hubiere denegado la autorización. La resolución que deniegue la autorización será apelable y se tramitará según lo establecido en el inciso quinto del artículo 69 del Código Orgánico de Tribunales.

La voluntad de interrumpir el embarazo manifestada por una adolescente de 14 años y menor de 18 deberá ser informada a su representante legal. Si la adolescente tuviere más de uno, sólo se informará al que ella señale.

Si a juicio del equipo de salud existen antecedentes que hagan deducir razonablemente que proporcionar esta información al representante legal señalado por la adolescente podría generar a ella un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad, se prescindirá de la comunicación al representante y, en su lugar, se informará al adulto familiar que la adolescente indique y, en caso de no haberlo, al adulto responsable que ella señale.

En el caso de que la adolescente se halle expuesta a alguno de los riesgos referidos en el inciso anterior, el jefe del establecimiento hospitalario o clínica particular deberá informar al tribunal con competencia en materia de familia que corresponda, para que adopte las medidas de protección que la ley establece.

El prestador de salud deberá proporcionar a la mujer información veraz sobre las características de la prestación médica, según lo establecido en los artículos 8° y 10 de la ley N° 20.584. Asimismo, deberá entregarle información verbal y escrita sobre las alternativas a la interrupción del embarazo, incluyendo la de programas de apoyo social, económico y de adopción disponibles. La información será siempre completa y objetiva y su entrega en ningún caso podrá estar destinada a influir en la voluntad de la mujer. No obstante lo anterior, el prestador de salud deberá asegurarse de que la mujer comprende todas las alternativas que tiene el procedimiento de interrupción, antes de que este se lleve a cabo, y de que no sufra coacción de ningún tipo en su decisión.

En el marco de las tres causales reguladas en el inciso primero, la mujer tendrá derecho a un programa de acompañamiento, tanto en su proceso de discernimiento, como durante el período siguiente a la toma de decisión, que comprende el tiempo anterior y posterior al parto o a la interrupción del embarazo, según sea el caso. Este acompañamiento incluirá acciones de acogida y apoyo biopsicosocial ante la confirmación del diagnóstico y en cualquier otro momento de este proceso. En caso de continuación del embarazo, junto con ofrecer el apoyo descrito, se otorgará información pertinente a la condición de salud y se activarán las redes de apoyo. Este acompañamiento sólo podrá realizarse en la medida que la mujer lo autorice, deberá ser personalizado y respetuoso de su libre decisión. En el caso de concurrir la circunstancia descrita en el número 3) del inciso primero, se proveerá a la mujer de la información necesaria para que pueda presentar una denuncia.

En la situación descrita en el 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 del embarazo con sobrevivencia del nacido.

Las prestaciones incluidas en el programa de acompañamiento a las mujeres que se encuentren en alguna de las tres causales serán reguladas por un decreto de las autoridades a que se refiere la letra b) del artículo 143 del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Salud, de 2006, promulgado el año 2005 y publicado el año 2006. Asimismo, se establecerán los criterios para la confección de un listado de instituciones sin fines de lucro que ofrezcan apoyo adicional al

programa de acompañamiento, el que deberá ser entregado de acuerdo al inciso undécimo. La madre podrá siempre solicitar que el acompañamiento a que tiene derecho le sea otorgado por instituciones u organizaciones de la sociedad civil, las que deberán estar acreditadas mediante decreto supremo dictado por el Ministerio de Salud, todo ello conforme a un reglamento dictado al efecto. La mujer podrá elegir libremente tanto la entidad como el programa de acompañamiento que estime más adecuado a su situación particular y convicciones personales.

En el caso de que el acompañamiento no sea ofrecido en los términos regulados en este artículo, la mujer podrá recurrir a la instancia de reclamo establecida en el artículo 30 de la ley N° 20.584. Ante este reclamo, el prestador de salud deberá dar respuesta por escrito dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde el día hábil siguiente a su recepción y, de ser procedente, adoptar las medidas necesarias para corregir las irregularidades reclamadas dentro del plazo máximo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la respuesta. Si la mujer presentare un reclamo ante la Superintendencia de Salud, de ser procedente según las reglas generales, ésta deberá resolverlo y podrá recomendar la adopción de medidas correctivas de las irregularidades detectadas, dentro de un plazo no superior a treinta días corridos. Sin perjuicio de lo anterior, toda mujer que hubiere sido discriminada arbitrariamente en el proceso de acompañamiento podrá hacer efectiva la acción de no discriminación arbitraria contemplada en los artículos 3° y siguientes de la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación.

- b) Artículo 1° número 2, en sus incisos 1, 2, 3, 4 y 6 (se transcribe el artículo completo y se destacan en negrita los únicos incisos no impugnados, que son el 5° y 7°):**

2. Incorpórase el siguiente artículo 119 bis:

Artículo 119 bis. Para realizar la intervención contemplada en el número 1) del inciso primero del artículo anterior, se deberá contar con el respectivo diagnóstico médico.

En el caso del número 2) del inciso primero del artículo referido, para realizar la intervención se deberá contar con dos diagnósticos médicos en igual sentido de médicos especialistas. Todo diagnóstico deberá constar por escrito y realizarse en forma previa.

En el caso del número 3) del inciso primero del artículo 119, un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, confirmará la concurrencia de los hechos que lo constituyen y la edad gestacional, informando por escrito a la mujer o a su representante legal, según sea el caso, y al jefe del establecimiento hospitalario o clínica particular donde se solicita la interrupción. En el cumplimiento de su cometido, este equipo deberá dar y garantizar a la mujer un trato digno y respetuoso.

En los casos en que la solicitante sea una niña o adolescente menor de 18 años, los jefes de establecimientos hospitalarios o clínicas particulares en que se solicite la interrupción del embarazo procederán de oficio conforme a los artículos 369 del Código Penal, y 175, letra d), y 200 del Código Procesal Penal. Deberán, además, notificar al Servicio Nacional de Menores.

Tratándose de una mujer mayor de 18 años que no haya denunciado el delito de violación, los jefes de establecimientos hospitalarios o clínicas particulares deberán poner en conocimiento del Ministerio Público este delito, con la finalidad de que se investigue de oficio al o los responsables.

En todos los casos anteriores se respetará el principio de confidencialidad en la relación entre médico y paciente, adoptándose las medidas necesarias para resguardar su aplicación efectiva.

En el proceso penal por el delito de violación, la comparecencia de la víctima a los actos del procedimiento será siempre voluntaria y no se podrá requerir o decretar en su contra las medidas de apremio contenidas en los artículos 23 y 33 del Código Procesal Penal.

c) Artículo 1º número 3, en su totalidad:

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 profesional 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 deben asegurar la atención médica de las pacientes que requieren la interrupción de su embarazo en conformidad a los artículos anteriores. La objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso 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 otro médico cirujano que pueda realizar la intervención. Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del numeral 3) del inciso primero del artículo 119.

d) Artículo 1º número 4, en su totalidad:

4. Incorpórase el siguiente artículo 119 quáter:

Artículo 119 quáter. Queda estrictamente prohibida la publicidad sobre la oferta de centros, establecimientos o servicios, o de medios, prestaciones técnicas o procedimientos para la práctica de la interrupción del embarazo en las causales del inciso primero del artículo 119.

Lo anterior no obsta al cumplimiento de los deberes de información por parte del Estado ni a lo dispuesto en el Párrafo 4° del Título II de la ley N° 20.584.

e) Artículo 2°, en su totalidad:

Artículo 2°.- Reemplázase el artículo 344 del Código Penal por el siguiente:

Artículo 344. La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.

Si lo hiciere por ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.

f) Artículo 3°, en su totalidad:

Artículo 3°.- Intercálase, en el inciso primero del artículo 13 bis de la ley N° 19.451, a continuación del punto aparte, que pasa a ser coma, la siguiente oración: “así como quien destine, en cualquier momento, con ánimo de lucro o para fines distintos de los autorizados en esta ley, órganos, tejidos o fluidos humanos provenientes de una intervención propia de la interrupción del embarazo”.

g) Artículo transitorio, en su totalidad:

***Artículo transitorio.-** Las prestaciones reguladas en esta ley serán exigibles a contar de la dictación del decreto a que se refiere el inciso decimotercero del artículo 119 del Código Sanitario, la que deberá tener lugar en el plazo de noventa días contado desde la publicación.*

El mayor gasto fiscal que irrogue la aplicación de esta ley, en su primer año presupuestario, se financiará con cargo a los recursos que se consulten en la Partida 16 "Ministerio de Salud" de la ley de Presupuestos respectiva. No obstante, el Ministerio de Hacienda, con cargo a la Partida Presupuestaria del Tesoro Público, podrá suplementar dicho presupuesto en la parte del gasto que no se pudiera financiar con tales recursos. Para los años siguientes se contemplará el financiamiento en las leyes de Presupuestos".

2.- Cuáles son las normas constitucionales que los preceptos del proyecto vulneran.

Los preceptos citados precedentemente son contrarios a lo dispuesto en nuestra Constitución Política en las siguientes normas: Artículo 1° incisos 3° y 4° ; Artículo 5° inciso 2°, Artículo 6° inciso 2°; Artículo 19 N° 1 en sus incisos 1° y 2°; Artículo 19 N° 2; Artículo 19 N° 6 en su inciso 1°; Artículo 19 N° 15 en su inciso 1° y Artículo 19 N° 26, del modo y por las razones que posteriormente se detallarán, indicando la vulneración específica que cada uno de los artículos impugnados hace de los preceptos constitucionales referidos en lo que corresponde.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS: SOBRE LA NATURALEZA Y CONTENIDO ESENCIAL DEL PROYECTO DE LEY CUYOS PRECEPTOS YA CITADOS SON CONTRARIOS A LA CONSTITUCIÓN.

Como cuestión preliminar, deseamos indicar a Sus Señorías Excelentísimas, una serie de aspectos contenidos en el mensaje del proyecto y que además se evidenciaron durante la tramitación de éste, los cuales y como se observará, revelan su naturaleza y contenido esencial, apoyando la idea que los preceptos citados previamente son contrarios a nuestra Carta

Fundamental. En efecto:

1. Se desprende del mensaje del proyecto que no existe una verdadera intención de considerar el estatuto del no nacido en la iniciativa legal, siendo tratado el interés de la mujer gestante como un absoluto.

Un proyecto de esta naturaleza, necesariamente debe reconocer que la “despenalización” que propone en tres causales, no refiere a un delito cualquiera, sino a uno especialmente asociado con estatutos ya existentes, por lo cual no sólo le es exigible demostrar las razones sociales que justificarían desproteger – al menos parcialmente – los bienes jurídicos protegidos por el delito en cuestión, sino además cómo ha considerado al respecto de dichos estatutos los derechos e intereses en juego, a fin de dar cuenta de la ponderación que ha hecho de ellos y del exámen de los efectos de su decisión, explicando cuando menos si es efectivamente necesaria, si no hay otros medios menos drásticos para lograr el efecto deseado y si ha mediado la racionalidad exigible al examinar tanto los derechos que privilegia como aquéllos que afecta. Nada de eso ha sucedido en la especie.

En este orden de cosas, el mensaje del proyecto se inicia declarando “la dignidad de las mujeres como atributo inviolable y el deber de respeto y protección (a éste)”, señalando en los párrafos sucesivos que “la normativa vigente sobre interrupción del embarazo, que la prohíbe sin excepciones, no responde al trato digno que el Estado de Chile debe otorgar a sus ciudadanas en estas situaciones”.

Lo radical del asunto se encuentra al señalar el mensaje que “nuestra Constitución se ocupa de consagrar el derecho a la vida y el derecho a la integridad física de las personas, e impone a la ley el deber de proteger la vida del que está por nacer”, para añadir posteriormente que “los derechos de las mujeres están en el centro de esta propuesta. Por esa razón, las tres causales de

interrupción legal del embarazo que el proyecto aborda, exigen como presupuesto de cada de una la expresión de voluntad libre de la mujer”.

Esta situación es sumamente compleja, pues si bien en el texto se reconoce la existencia de dos derechos, y se hace referencia explícitamente la existencia de una pugna entre ambos (la autonomía de la mujer y la vida del no nacido), pareciera ser que el primero por defecto tiene preeminencia por sobre el otro, sin explicar cuál es la forma de llegar a esta conclusión.

Lo que pareciera más grave, es considerar que se trata en lo sucesivo la situación de la mujer (muchas veces trágica) como un absoluto, que no tiene contraparte, y, en consecuencia, se olvida el texto totalmente de incluir a todos los directamente afectados, como es el caso de los no nacidos.

Así, por ejemplo, posteriormente al referirse a los fundamentos del proyecto en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, se señala que “el Estado no puede (...) seguir rehuendo la situación que viven mujeres de distintas edades y condiciones”, “la penalización del aborto sin excepciones en nuestro país constituye un incumplimiento inequívoco de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile en relación a la garantía que debe existir respecto del pleno goce de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica de las mujeres”, luego al hablar sobre el contexto global se refiere a los modelos existentes en el mundo para regular la supuesta despenalización de la interrupción del embarazo, para finalmente señalar que “El Estado debe proteger y respetar la vida y la salud de las mujeres, reconociendo su autonomía”.

En otras palabras, el centro y núcleo esencial del texto enviado al legislador, se centra de manera única y exclusiva en los derechos e intereses de la mujer gestante y se alza como un absoluto que no tiene una contrapartida, pese a que previamente se señala la existencia de protección constitucional de la vida y de la integridad del que está por nacer.

Tanto es así, que definitivamente la norma propuesta no vuelve a referirse en ningún otro momento el estatuto del no nacido, ni aun cuando se habla de “una necesaria ponderación” – la cual no se efectúa ni se fundamenta ante “un conflicto entre bienes que son inconmensurables”¹. Sin embargo, tal conflicto sólo se aborda considerando que “se trata de situaciones extremas en que la afectación de la dignidad y de los derechos de la mujer es tal que no puede sino garantizarse un espacio de discernimiento para ella”, sin dar argumento alguno de racionalidad o de necesidad para excluir – como se hace a continuación – de modo radical los derechos e intereses de otro que también goza de protección constitucional y que es el hijo en gestación.

En consecuencia, si bien se reconoce la existencia de diversos derechos (protección de la vida e integridad del no nacido y resguardo de la dignidad y autonomía de las mujeres), luego el legislador decide excluir a algunos de estos derechos sin más explicación, creando por su propia iniciativa un absoluto “inviolable” (el derecho de la mujer), que no sólo aparece como una situación de privilegio para los intereses de esta última sino de total eliminación de toda referencia o consideración a los derechos e intereses del afectado (*nasciturus*).

Esto sirve para ilustrar desde el principio porqué el proyecto presenta vicios insubsanables de constitucionalidad, pues aunque podría haber diferencias de criterio acerca de cómo se ponderan los derechos mencionados, tal ponderación se excluye del proyecto mismo al privilegiar y considerar jurídicamente sólo algunos de estos derechos.

1 En el punto sobre OBJETIVOS (III) del Mensaje en su epígrafe 1 se establece como primer objetivo: “Una necesaria ponderación. El proyecto de ley busca resolver un conflicto entre bienes que son inconmensurables. Se trata de situaciones extremas en que la afectación de la dignidad y de los derechos de la mujer es tal que no puede sino garantizarse un espacio de discernimiento para ella. Por lo mismo, la voluntad libre expresada de manera escrita y previa es un supuesto de todas las causales”. Como se desprende de la lectura de este punto y del resto del Mensaje, si bien se menciona la ponderación de bienes ante un eventual conflicto, no se alude nuevamente a esta cuestión ni se da cuenta de ninguna decisión que indique cómo, bajo qué supuestos y en qué circunstancias se decidió privilegiar la autonomía de la mujer y descartar totalmente los bienes asociados con la vida e integridad del que está por nacer. **Por tal razón, ni siquiera puede considerarse que el proyecto haya jerarquizado el derecho de la madre sobre el del hijo, reconociendo un eventual conflicto, sino que en realidad se ha excluido considerar el derecho del hijo como titular, lo cual como es obvio no puede estimarse una ponderación.**

2. Dicotomía entre lo que el proyecto supuestamente desea lograr ("despenalización") y los reales alcances a raíz del mensaje y de la redacción.

Existe un innegable consenso en que las cosas son lo que son (se rigen inexcusablemente por la realidad) y no lo que se desee que fueren. Bajo esta premisa, cabe la legítima duda si los alcances del proyecto impugnado son los que derechamente el mensaje y su texto se plantean (la existencia de una despenalización hacia un hecho típico –aborto– bajo tres situaciones determinadas), o sí por el contrario, y a la luz de su redacción y disposiciones, se trata de una figura distinta.

En ese orden de cosas, una primera aproximación la realiza el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la que considera que “despenalizar” es “dejar de tipificar como delito o falta una conducta anteriormente castigada por la legislación penal”. Además, define “legalizar” como “dar estado legal a algo”, y en la misma línea es “legal” algo “prescrito por ley y conforme a ella” y “perteneciente o relativo a la ley o al derecho”.

Otras autoridades han señalado que “existe una diferencia entre los conceptos de legalización y despenalización. El primero **acepta y reglamenta** una actividad, mientras el segundo suprime y elimina las sanciones, las penas o los castigos”².

En consecuencia, salta a la vista que se trata de dos términos que son bastante semejantes, pero que en su fundamento jurídico tienen implicancias diversas. Por tal, se hace necesario identificar cuáles son los componentes esenciales y características que son parte de una figura despenalizada, en contraposición a una conducta legalizada, para poder determinar cuál es la verdadera naturaleza del proyecto.

² MACANA, Marco Antonio (2012): “Narcotráfico y delitos conexos”, en “Colombia y Ecuador: entre la integración y la fragmentación” editado por PASTRANA, Eduardo y JOST, Stefan (Bogotá, Editorial Konrad Adenauer Stiftung Colombia)

Hacemos la prevención de que en diversos ordenamientos la idea de la despenalización, como se encuentra considerada en el proyecto impugnado, es entendida más bien como una descriminalización, idea que se profundizará en lo sucesivo.

En primer término, nos referiremos a la figura de la despenalización y los criterios para poder identificarla. Tal situación, es considerada por nuestra Corte Suprema como una decisión legislativa en virtud de la cual el sujeto “se encuentra exento de responsabilidad penal”³ desde que se adopta y pasa a estar vigente.

Como se adelantó, tal situación se considera asimilable a la “descriminalización”, en el sentido de tratarse del “proceso o decisión legislativa en virtud de los cuales se extrae del Código o de una ley penal una conducta en ellos incluida, eliminando, por tanto, de forma definitiva, la posibilidad de asociar a la misma una pena. Se trata, en suma, del fenómeno inverso a la tipificación o criminalización. Inclusión y exclusión de comportamientos en el Código penal o en las leyes de esta naturaleza significa criminalizar y descriminalizar respectivamente”⁴. Posteriormente el autor para ejemplificar, señala el caso del adulterio y el amancebamiento, ambos delitos que dejaron de ser considerados como figuras punibles, pero sólo limitando la ley que los despenalizaba a tal situación, vale decir, a quitar la criminalidad en torno a tales figuras, pero lo que es relevante: **sin añadir ningún otro elemento**, situación completamente contraria a lo realizado por el proyecto impugnado, como se señalará en los párrafos posteriores.

En el mismo sentido, un informe elaborado por la Biblioteca del Congreso, señala que la idea de descriminalización (bajo el concepto de despenalización, como lo contempla el proyecto), es “la eliminación de un comportamiento o actividad del derecho penal. Por lo tanto, la

³ Ballester y otros Con Jiménez (2012): Excelentísima Corte Suprema de Justicia (Recurso de casación en la forma). Sentencia de 23 de abril de 2013, ROL N° 900-2012.

⁴ RUIZ, Enrique (1999): “Descriminalización y despenalización: Reforma penal y descriminalización”, en *Revista Eguzkilore*, N.º 13, pp. 97-104.

descriminalización suele afectar los delitos relacionados con el consumo y tenencia de drogas y puede verse reflejada en la imposición de sanciones no penales (administrativas) o directamente en la anulación de todas las sanciones. Por ende, es posible que otras leyes (que no son de carácter penal) regulen el comportamiento o la actividad que se ha descriminalizado”⁵.

En síntesis, la idea de una mera despenalización, es precisamente que la acción realizada por el legislador se circunscribe exclusivamente a quitar la criminalidad del acto o de la figura, dejando de considerarlo como un hecho injusto. Esta vía, es –como se realiza en el texto del proyecto impugnado– a través de la eliminación de la tipicidad de la figura, lo que es realizado por otra ley. Bajo ese orden de cosas, necesariamente la conducta promovida deberá dejar de ser penada, pues no constituye un “delito” bajo la definición contemplada en el artículo primero de nuestro Código Penal, premisa que autores chilenos reconocen⁶.

Lo que es necesario recalcar, es que la figura de la despenalización (o en su defecto, la descriminalización), en ningún caso tiene asociados elementos adicionales que reglan la conducta impugnada, pues en tal escenario extralimitan el campo de acción de la ausencia de injusto, sino que generan un marco de acción frente a la figura en cuestión, lo que lleva la discusión a otro punto: la legalización.

A diferencia de la despenalización o la descriminalización de una conducta, en la legalización se trata de conferir un derecho, señalando en algunos casos la literatura que “a pesar de la inexistencia de un derecho internacional al aborto, funcionarios internacionales y órganos no judiciales de derechos humanos han generado atención pública en las últimas décadas debido a sus repetidos intentos por reinterpretar los tratados internacionales de derechos humanos, para

⁵ Informe “Situación legal de la Marihuana en el Derecho Comparado”, elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile el año 2012. Consultado el día 29 de julio de 2017, disponible en: http://transparencia.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/15374/1/Informe%20Legalizacion%20Marihuana_v5.doc

⁶ Vid. POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2004): *Lecciones de derecho penal chileno: parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile segunda edición).

incluir presuntas obligaciones internacionales de legalizar y liberalizar todas las formas de aborto, tal como denunció recientemente Egipto en la Asamblea General de las Naciones Unidas. Por ejemplo, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas **han interpretado reiteradamente la existencia de un derecho al aborto en los tratados internacionales y han ejercido presión política sobre los Estados partes, exigiendo la legalización del aborto** o ampliación del aborto legal. El Comité de la CEDAW ha apremiado a más de 90 países a legalizar el aborto o liberalizar sus leyes de aborto, y el Comité de Derechos Humanos, el órgano de vigilancia del PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), ha urgido a la legalización o ampliación del aborto en más de una docena de países⁷ (lo ennegrecido es nuestro)⁸. En otras palabras, la existencia de una conducta que se encuentra considerada como “legal” tiene asociada la idea reflejo de ser un derecho, pues se trata precisamente de que se hace exigible en caso de que el usuario desee acceder a ella⁹.

Por otra parte, como ya se ha señalado en la obra citada del profesor Macana, la idea de legalización trae asociada la implicancia de una reglamentación en torno a la conducta, vale decir, va más allá de una mera tolerancia o eliminación del hecho injusto y su reprochabilidad (como elementos de una figura penalizada), para generar en torno a la figura o hecho en cuestión, una serie de preceptos y de estatutos, la creación de derechos y obligaciones mutuas entre los intervinientes, y la posibilidad de exigencia por parte de la persona beneficiada (usuaria) de la figura despenalizada.

⁷ LIGIA, Jesús (2013): “Interpretación de los tratados relativos al derecho a la vida del que está por nacer en América Latina y el Caribe: Un análisis de las obligaciones internacionales, acuerdos regionales y práctica estatal pertinente”, *Revista Ars Boni et Aequi*, V. 9, pp. 53-61.

⁸ Más adelante expondremos que, sin perjuicio de estos antecedentes, no existe un derecho al aborto consagrado internacionalmente.

⁹ Como se explicará en el Capítulo relativo a los Tratados internacionales en relación con este proyecto de ley, las presiones ejercidas tienen más bien relación con las interpretaciones y objetivos de los comités y organizaciones, pues en las normas sobre derechos y auténticas fuentes formales del Derecho Internacional no hay un reconocimiento al derecho de abortar, sino una referencia a la posibilidad de planificar y decidir sobre la maternidad, que no es lo mismo.

Situación evidente de lo señalado es la asociada al consumo de drogas. A modo ejemplar, nos encontramos con el caso de Uruguay, país que, en un primer término, a través del decreto ley N.º 14.294 del año 1974 exclusivamente despenalizaba el consumo de drogas, pues se trataba de una medida que tenía como finalidad quitar la punibilidad a los usuarios que consumían y utilizaban dichas drogas, dentro de una medida razonable, y sólo eso. Situación diametralmente contraria a la experimentada en años venideros en el mismo país, donde “el poder legislativo, de acuerdo con las facultades otorgadas por la Constitución, **tendrá en sus funciones la creación de un marco normativo que regule lo relacionado con el consumo de drogas, visto y catalogado como un problema de salud pública**”¹⁰ (lo ennegrecido es nuestro).

Es necesario ser enfático en que el texto citado acierta con precisión, al señalar que se trata (la legalización) de una conducta que está “regulada”, pues hay escenarios concretos señalados en la ley respectiva, además, se abordan los aspectos técnicos propios específicos de la situación legalizada, y, en definitiva, lo que se hace es asegurar que la prestación otorgada tenga un escenario claro de acción y exigibilidad (marco normativo). Demás está agregar que Uruguay en los últimos años legalizó definitivamente el consumo de marihuana, autorizando su consumo, e inclusive, **creando la posibilidad por parte de los eventuales distribuidores de exigir al poder Estatal la autorización de suministro cuando reúnan la totalidad de las condiciones exigidas.**¹¹

En consecuencia, la idea de la legalización de una conducta se basa en que ésta pasa a ser considerada no sólo como “permitida” en una sociedad, sino que pueden establecerse condiciones que la transforman en una situación que goza de una serie de prerrogativas asociadas, que incluso implican prestaciones exigibles para otros, vale decir, es accionable su realización por parte del interesado, a fin de que éste pueda ser usuario parte de una prestación.

¹⁰ LÓPEZ, Germán y GÓMEZ, Carlos (2014): “La Legalización por vía judicial del consumo de la dosis personal de droga: ¿un desafío al sistema democrático en América Latina?”, *Revista Justicia Juris*, V. 10, pp. 102-116.

¹¹ Reglamento de la Ley N.º 19.172, promulgado por el Presidente de la República Oriental del Uruguay en mayo de 2014.

Así, la legalización deja de ser un tema de reproche penal, sino que invade otros tantos frentes jurídicos no sólo legales sino constitucionales, a diferencia de la despenalización. Bajo esta lógica, lo que realmente ha pretendido y desarrollado claramente el proyecto en cuestión, es no sólo suprimir la punibilidad del aborto bajo tres situaciones puntuales, sino que además, genera un marco de acción y una serie de reglamentaciones que finalmente inciden en que la real dimensión es la de una prestación destinada a la persona beneficiada, en virtud de la cual, ya no sólo se encuentra exenta de responsabilidad, sino que además, se encuentra en posición de exigirla –dentro del cumplimiento de los requisitos señalados–.

Esta situación se evidencia al examen de la propuesta de artículo 119, en virtud de la cual lo que se hace es establecer un conjunto de elementos conexos, como el espacio de “acompañamiento” (tanto físico, como emocional, psíquico y espiritual) y la posibilidad de presentar acciones asociadas a la ley antidiscriminación. Además, a la misma conclusión se llega al verificar que la objeción de conciencia se encuentra limitada a parte del equipo profesional de salud e inclusive se prevén situaciones en que no se puede oponer y el profesional debe realizar la prestación. Termina por ser manifiesta al considerar estos escenarios de desprotección, como una intervención médica quirúrgica que el Estado prestará regularmente, al cual la mujer no sólo se encuentra en posición de ingresar, sino que, además, de exigir.

Por todo, al análisis de la real dimensión del aborto sale de las verdaderas declaraciones que el título del proyecto propone (despenalización o descriminalización) como eliminación de la reprochabilidad penal y punibilidad, sino que cambia fundamentalmente el plano en el que se encuentra para llevarlo hacia una legalización, en orden a no sólo eliminar la tipicidad recaída sobre la figura, sino que además –y por cierto, centrándose– en la idea de que se trata de una prestación, en el que la mujer pasa a tener una posición predominante sobre una conducta que le está permitida, asegurada y resguardada, lo que desnaturaliza el real alcance de una despenalización y ello adquiere una relevancia constitucional muy superior.

3. Algunas consideraciones de índole penal que requieren de precisión a la luz del análisis de los preceptos contrarios a la Constitución contenidos en el proyecto.

Extensamente durante la tramitación del proyecto, se reiteró por parte de sus defensores que más bien la intención del legislador penal era la de generar una causal de justificación en torno a los tres escenarios despenalizados. Esta situación implicaría la ausencia de la antijuridicidad y consecuentemente la eliminación del injusto.

Así, se hace necesario precisar que las causales de justificación son situaciones reconocidas por el derecho en las que la ejecución de un hecho típico se encuentra permitida o incluso exigida y es por consiguiente lícita¹². En este punto es necesario tener presente que si bien podría entenderse que las causales de justificación hacen que una conducta típica mute a ser lícita (pues se le quita el elemento de antijuridicidad), esta situación es errada, pues se podría concluir que una conducta por ser típica ya es antijurídica, situación incorrecta si se tiene presente que la tipicidad no pasa de ser un indicio de la antijuridicidad.

Podemos clasificar las causales de justificación del siguiente modo:¹³

a.) Aquellas que se fundan en ausencia de interés (consentimiento del ofendido y consentimiento presunto).

b.) Aquellas que se fundan en el principio del interés preponderante, dentro de las que se distingue:

b.1.) Las que tienden a la **preservación de un derecho** (legítima defensa y estado de necesidad).

b.2.) Las que tienden a la **actuación de un derecho** (ejercicio legítimo de un

¹² CURY, Enrique (2005): *Derecho Penal: Parte general* (Santiago, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica de Chile, séptima edición).

¹³ *Ibíd.*

derecho, autoridad, oficio o cargo, cumplimiento de un deber).

a) Sobre las causales de justificación por ausencia de interés.

Se señala que obra conforme a derecho quien ejecuta una acción típica **con el consentimiento, expreso o tácito, del titular del interés protegido por la norma, en los casos en que dicho interés es susceptible de disposición.**

Debe derechamente descartarse esta situación por dos motivos evidentes. El primero, es porque no es factible que el titular del derecho –el que está por nacer- preste su consentimiento por ninguna vía. Pero, además, porque en este caso el interés (la vida) no es susceptible por motivo alguno de disposición, ni aún por quien es titular o quien sus derechos represente ^{14 15}.

b) Sobre las causales de justificación que se fundan en el principio del interés preponderante, precisamente las que tienden a la preservación de un derecho.

Nuestra doctrina es conteste en considerar que se encuentran dentro de esta clasificación la legítima defensa y el estado de necesidad justificante.

El primer escenario (legítima defensa) se refiere a quien ejecuta una acción típica, racionalmente necesaria, para repeler o impedir una agresión ilegítima, no provocada por él y dirigida en contra de su persona o derechos o de los de un tercero. Esta figura requiere en primer lugar de una agresión ilegítima, entendiendo por tal aquella acción antijurídica que tiende a lesionar o poner en peligro un bien jurídicamente defendido.

¹⁴ SOLER, Sebastián (1973): *Derecho Penal Argentino* (Buenos Aires, Editora Tipográfica Argentina, sexta reimpresión).

¹⁵ NOVOA, Eduardo (2010): *Curso de Derecho Penal Chileno – Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).

Podría considerarse erróneamente que, en caso de violación, el ser humano que está por nacer es un ente que agrede a la madre, lesionándole en su vida psíquica. Esta situación es imposible de sostener, pues nuestra doctrina es precisa en afirmar que **la mera existencia no es suficiente para calificar una agresión**¹⁶, y porque además sólo el ser humano consciente y socialmente interactuante puede agredir¹⁷, lo cual no puede suceder con un sujeto sometido a una vida dependiente (proceso del embarazo).

En consecuencia, carece esta idea de un elemento esencial (agresión ilegítima), por lo que deberá sostenerse que no puede considerarse el texto impugnado como una causal de justificación basada en la legítima defensa.

Por otra parte, el estado de necesidad (en su sentido amplio) es aquella situación en la que se ataca el bien jurídico de un tercero, con el objeto de evitar la lesión de otro que se encuentra en peligro. A partir del año 2010 se distingue más manifestamente entre el estado de necesidad justificante y el exculpante, por la promulgación de la Ley N.º 20.480 que incorporó una nueva eximente de responsabilidad por estado de necesidad que abarca con mayor intensidad la idea de un efecto justificante, lo que se explica fundamentalmente como una solución frente a las mujeres que en un estado de maltrato respondían contra sus agresores, pudiendo causarse un mal equivalente o mayor al que se evita (estado de necesidad **exculpante**)¹⁸. Como se evidencia, en el estado de necesidad **justificante** se obra con el objeto de evitar la lesión de un bien jurídico más valioso.

Para el estudio de esta figura se hace necesario destacar la distinción que realiza la profesora Ossandón, al señalar que es improcedente el estado de necesidad defensivo (pues como ya hemos dicho, el feto no es susceptible de acción ofensiva), pues en primer término no

¹⁶ ETCHEBERRY, Alfredo (1998): *Derecho penal. Parte Especial* – Tomo III (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).

¹⁷ CURY, Enrique: Ob.Cit.

¹⁸ SANTIBÁÑEZ, María Elena y VARGAS, Tatiana (2011): Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras formas relacionadas (Ley N.º 20.480), en *Revista Chilena de Derecho*, V. 38, pp. 193-207.

es necesariamente evidente que siempre el feto sea quien genere la situación de peligro (a modo ilustrativo, se advierte por Horvitz y Soto Piñeiro¹⁹ que cuando existe estrechez del canal del parto de la madre, se le podría considerar como una *quasi agresora injusta* de su hijo). Pero más fuerza tiene el argumento de que “resulta controvertido el grado de vinculación con el peligro que debe mantener aquel que resulta ser el afectado por la acción de necesidad, para poder afirmar que el estado de necesidad es defensivo. Recordemos que, si la conducta de reacción ante el peligro es considerada defensiva, y, por ende, justificada, no cabe la posibilidad de oponerse legítimamente a ella. Es decir, existe un deber de tolerarla”²⁰. Así, que la existencia del peligro proceda –físicamente– de la esfera de un determinado sujeto no es suficiente para ser considerado relevante para justificar la imposición de un deber de tolerancia²¹. Se infiere que a la hora de determinar si la persona sobre quien recae la reacción necesaria es o no es un tercero ajeno al peligro, se deben considerar criterios normativos (pues deja de ser ajeno al peligro aquel a quien se le puede atribuir la creación; quien es competente por el peligro generado, aunque no sea penalmente responsable por ello)²².

En el mismo estudio del estado de necesidad defensivo “debe quedar reservado para supuestos donde sea posible afirmar, al menos, la imputación objetiva y subjetiva mínima del peligro que amenaza al necesitado”²³, situación que como ya se ha explicado, no concurre en el caso del aborto, pues no puede serle imputable a quien está por nacer la situación de peligro que se podría configurar, ya que inclusive él se podría posicionar en un punto similar al de su madre.

Luego, dentro del estudio del estado de necesidad, debemos estudiar la ponderación de

¹⁹ HORVITZ, María Inés y SOTO, Miguel (2007): “Consideraciones críticas sobre la regulación del delito de aborto en el anteproyecto de nuevo código penal elaborado por el foro del Ministerio de Justicia”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N.º 9, PP. 75-120.

²⁰ OSSANDÓN, María Magdalena (2012): “Aborto y justificación”, en *Revista Chilena de Derecho*, V. 39, pp. 325-369.

²¹ ROBLES, Ricardo (2010): “En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos”, en LUZÓN, Diego (director): *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho* (Madrid, Editorial La Ley).

²² OSSANDÓN, María Magdalena: Ob. Cit.

²³ BALDÓ, Francisco (1994): *Estado de necesidad y legítima defensa* (Barcelona, J. M. Bosch Editor).

los intereses en conflicto, distinguiendo entre el mal causado y el mal evitado. Para esto, la literatura requiere a una serie de criterios de evaluación –y no sólo el valor de los bienes en conflicto, el cual constituye la base de la ponderación-, como puede ser la posibilidad de reparar el bien jurídico, la existencia de una posición o deber, o la intensidad de la lesión al bien jurídico, entre otros²⁴.

En el caso del aborto se ha señalado que la vida del que está por nacer se encuentra en una posición desventajosa de la madre, por ejemplo, en el caso del llamado “aborto terapéutico”, donde la vida de la madre se encontraría en riesgo y ésta tendría primacía. En ese conflicto existente entre ambos derechos, se debe asumir la existencia de un derecho a la protección de la vida –y su inviolabilidad-, y la imposibilidad de “ponderar la vida frente a la vida, pues ante el derecho toda vida humana tiene el mismo rango”²⁵.

Queda entonces descartada la posibilidad de que el estado de necesidad sea una causal de justificación que “despenalice” la figura del aborto en éstas tres causales.

c) Sobre las causales de justificación que se fundan en el principio del interés preponderante, precisamente las que tienden a la actuación de un derecho.

Nos encontramos en este ámbito con quien obra el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, y el cumplimiento de un deber.

Debe descartarse de plano la idea del ejercicio legítimo de un derecho, pues en la actualidad no existe en el ordenamiento chileno una norma jurídica que contemple tal derecho (aborto). Además, del mismo tenor literal del proyecto se desprende que éste es supuestamente una despenalización, y sus autores así lo han reafirmado. Sin perjuicio de ello, ya se ha señalado que

²⁴ ROXÍN, Claus (1997): *Derecho penal. Parte general* – Tomo I. (Traducción realizada por LUZÓN, GARCÍA Y DE VICENTE, Madrid, Editorial Civitas, segunda edición).

²⁵ SOLER, Sebastián: Ob. Cit.

la verdadera naturaleza del texto es la de ser una garantía prestacional, situación que precisamente hace que el proyecto deba ser declarado inconstitucional, lo que en todo caso no corresponde ser analizado en este punto.

Sobre el ejercicio legítimo de una autoridad, oficio o cargo, se basan en una idea similar, pues se fundan en la existencia de derechos cuyo ejercicio legítimo justifica conductas en razón de la investidura que se posee, por lo que debe buscarse la fuente indirecta de la acción en el vínculo jurídico (usualmente, el contrato). Por excelencia, se podría entender el rol del médico.

Como se explicará en esta presentación, la derogación del antiguo artículo 119 del Código Sanitario no impide que hoy en Chile pueda intervenir un embarazo de alto riesgo, buscando salvar a ambos pacientes si es posible, bajo las reglas del doble efecto y de la *lex artis*. Como esas reglas no permiten invocar otra causal de justificación que no sea el ejercicio legítimo de un derecho u oficio en ese caso, si esa causal no es aplicable a los médicos, ninguna otra lo será y la excepción reconocida por el preámbulo de la Ley N°18.826 no se daría jamás”²⁶.

En este sentido surgen dos argumentos. El primero señala que como fundamento a la relación médico-paciente, debiendo para estos efectos procurar por el cuidado de la madre. Esto no es plausible a la luz del artículo 9° del Código de Ética del Colegio Médico de Chile, que considera que “El médico no podrá realizar acciones cuyo objetivo directo sea poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna”²⁷, pues implicaría asumir la existencia de sólo un paciente (la madre).

En segundo lugar, Sanhueza limita el artículo 119 del Código Sanitario dándole sólo la función de eliminar la presunción de legitimidad de la conducta abortiva terapéutica, siendo todo lo demás nada más que el indicio de antijuridicidad del aborto, y por ende no se daría jamás la

²⁶ OSSANDÓN, María Magdalena: Ob. Cit.

²⁷ Código de Ética del Colegio Médico de Chile. Consultada el 30 de julio de 2017. Versión en línea disponible en: <http://www.colegiomedico.cl/wp-content/uploads/2016/09/Codigo-de-Etica-Colegio-Medico-Chile-2013.pdf>

excepción de protección de vida de la madre. Esta situación es manifiestamente errónea, pues en definitiva el preámbulo de la Ley N° 18.826 fija situaciones excepciones de aborto que se asocian con el marco general del derecho penal, por lo que el actuar es médico es perfectamente compatible con conductas que **indirectamente** puedan derivar en un aborto, más no la situación inversa de realizar un aborto como acción en el ejercicio de una profesión, cargo u oficio²⁸.

Finalmente, sobre el cumplimiento de un deber se apoya en ideas semejantes a lo anterior, aunque debe añadirse que no se encuentra ninguna norma en nuestro ordenamiento jurídico (Cury²⁹ exige que se encuentre establecida en el ordenamiento de manera “inmediata” y además “específica”) que imponga el deber de realizar un aborto, ni aún a circunstancias extraordinarias.

Cuando menos, el deber del médico ha de asociarse a los principios de la Bioética³⁰, que imponen como piso mínimo el no dañar a otro (“cuando menos, no dañes”), vale decir, el no matar, pues se asume que el médico no siempre está en posición de salvar a otro. Recién luego en un segundo nivel puede ubicarse la beneficencia, vale decir, la acción directa encaminada a – por ejemplo- curar el paciente. Lo anterior es lógico, desde que se considera que matar o lesionar a otro (cuando es la única conducta posible para la salvación) no puede considerarse como una conducta salvadora exigible, ya que el no matar al tercero no puede verse como “omisión de salvar” al individuo bajo tutela, con lo que se elimina la situación de colisión de deberes³¹.

En consecuencia, no puede subsumirse la conducta “despenalizada” como una causal de justificación fundada en el principio del interés preponderante cuando se basa en la actuación de

²⁸ Como se explicará más adelante, no es éste el caso de la primera causal contemplada en el artículo 1° N° 1 del proyecto, que sí busca el aborto directo y que no procede de acuerdo a la causal del doble efecto, sino a una consideración única respecto de la vida de la madre, omitiendo la consideración de todo interés o derecho del que está en gestación.

²⁹ CURY, Enrique: Ob. Cit.

³⁰ LEÓN, Francisco (2009): “Fundamentos y principios de Bioética clínica, institucional y social”, en *Revista Acta Bioethica*, V. 15, pp. 70-78.

³¹ SILVA, JESÚS MARÍA (2003): *El delito de omisión. Concepto y sistema* (Buenos Aires, Editorial B de F, segunda edición).

un derecho, porque en primer término no se desprende del mensaje y texto del proyecto, ni se condice con la naturaleza de sus disposiciones.

Con todo, sólo puede entenderse que como ya se ha dicho, la verdadera envergadura de las disposiciones impugnadas, es la generación de un estatuto particular, en otras palabras, una prestación plenamente exigible por la titular, pero bajo ninguna hipótesis una causal de justificación, idea que refuerza la inconstitucionalidad del proyecto como se demostrará en lo sucesivo de este libelo.

4. Acerca de si realmente existía la regulación del “aborto terapéutico” en Chile hasta 1989.

Recurrente ha sido, en la discusión de este proyecto, la referencia a que en Chile sí habría habido aborto terapéutico hasta el año 1989 cuando a través de la Ley N° 18.826, el artículo 119 del Código Sanitario pasó a tener la redacción del texto actual: *‘No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto’*. La norma modificada, y que databa de la entrada en vigencia del Código Sanitario promulgado bajo la presidencia de don Eduardo Frei Montalva (Decreto con Fuerza de Ley 725 del 31 de enero de 1968), prescribía que *“Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos”*. Cabe entonces hacerse la pregunta si el proyecto de ley boletín 9895-11 lo que hace es legislar restaurando un contenido jurídico que nuestro país sí había mantenido en su ordenamiento jurídico o no.

En primer lugar, es importante recordar que nuestra legislación –donde el aborto tiene un tratamiento en el Código Penal y en el Código Sanitario- no define lo que es aborto. Observando tanto el tenor literal como su sentido natural y obvio, la palabra “aborto” consiste en la interrupción del embarazo. El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, lo define como “interrupción del embarazo por razones naturales y provocadas”. Por su parte, la

Organización Mundial de la Salud, en su informe técnico N.º 461, estableció que “el aborto puede ser espontáneo o provocado. Se entiende por aborto provocado el resultante de las maniobras practicadas deliberadamente con ánimo de interrumpir el embarazo; todos los demás abortos se consideran espontáneos, aun cuando intervengan causas externas tales como traumatismos o enfermedades transmisibles”.³²

En cuanto al (mal) llamado “aborto terapéutico”, es necesario hacer algunas precisiones. Cabe hacer notar que las palabras “aborto terapéutico” resultan ser, si se examinan con detención, claramente incompatibles, toda vez que la idea de aborto provocado implica siempre la supresión intencionada de la vida del que está por nacer, y mal puede entenderse que tal acción pueda ser de forma alguna una terapéutica o tratamiento.³³ Compartimos en este aspecto la visión entregada por Serani en su informe enviado con ocasión de la discusión de la Ley N.º 18.826, donde señala “La expresión aborto terapéutico es ambigua, ya que posee dos sentidos posibles. El primer sentido se refiere a una acción realizada por un médico que tiene por objeto directo el provocar interrupción de la gestación antes de su término espontáneo, con la consiguiente muerte del producto de la concepción (cuando este producto es un ser vivo en desarrollo) con el fin de erradicar un grave peligro actual o inminente para la vida o la salud de la madre. Se excluyen por lo tanto de esta consideración la mala hidatidiforme y los teratomas. El segundo sentido se refiere a una acción que tiene por objeto directo la curación de la madre embarazada, afectada por proceso patológico grave, y de la cual se sigue como secuencia la muerte del niño.”³⁴

A la luz de estas decisivas distinciones, resulta evidente que no es posible advertir en la *lex artis* médica ninguna forma de terapia que tenga por objeto deliberada la muerte de un ser humano. Es por eso que resulta ética, jurídica y moralmente reprochable que el ordenamiento

³² OMS: Aborto Espontáneo y Provocado, , Serie de Informes técnicos, N.º 461. Disponible en http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/38296/1/WHO_TRS_461_spa.pdf

³³ Al respecto, se sugiere revisar VIVANCO, Ángela (2002): “Aspectos jurídicos del llamado “aborto terapéutico en Chile” en *Ars Médica*, vol. 4, N.º 6 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile).

³⁴ Historia de la Ley 18.826, Informe Técnico de fecha 06 de julio de 1988 que contiene el documento enviado por el Doctor Alejandro Serani Merlo en relación al proyecto de ley que sustituye el artículo 119 del Código Sanitario.

jurídico permita la acción directa y deliberada con el objeto de eliminar una vida que se encuentra en gestación, aunque exista un propósito terapéutico para ello. Es lícita, por tanto, “cualquier intervención curativa sobre el cuerpo de la madre que se juzgue inaplazable y eficaz, aunque luego provocase la consecuencia de un aborto. Es el llamado aborto terapéutico indirecto (como en el caso de un tumor, en que se puede eliminar el útero, aunque esté en gestación) ...Así, en el caso del embarazo ectópico, puede tener intervención en la trompa en estado patológico, provocando el aborto”³⁵. Corolario de lo anterior, es que el término “aborto terapéutico” resulta impreciso, debiendo usarse categorías conceptuales como **“terapia de la madre con resultado de aborto indirecto”**.

La norma vigente hasta la reforma de 1989 no distinguía ninguna de las categorías anteriores. Simplemente prescribía que *“Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos”*. La norma, por tanto, no describía cómo debía desarrollarse la conducta o acto médico, por tanto, no distinguía si con algún “fin o propósito terapéutico” estábamos en presencia de un aborto directo o si estábamos en presencia de una terapia de la madre con resultado de aborto indirecto (o principio del doble efecto). A mayor abundamiento, la norma que fue modificada a través de la Ley N° 18.826, tampoco establecía ningún tipo de causal, por lo que el “fin terapéutico” que exigía la norma podría resultar tan amplio e indeterminado, como abusivo.

Además, es necesario recordar que la norma vigente hasta de la reforma de 1989 fue dictada en un contexto constitucional en el cual la constitución vigente en ese entonces no reconocía la vida del que está por nacer y no encomendaba al legislador ningún mandato de protección. En efecto, del derecho a la vida del que está por nacer, y el mandato de protección al legislador, no eran parte del ordenamiento constitucional de 1925, época en que se dictó el respectivo código sanitario. Es por esto, que luego de la entrada en vigencia de la constitución de 1980, una norma como la que se contenía en el artículo 119 era

³⁵ VIVANCO, Ángela: Ob. Cit.

claramente contraria a la Constitución.

Éste fue el motivo por el cual se estudió la posibilidad de modificar la redacción al artículo 119. En efecto, la “moción de ley” contenida en el Ordinario N.º 6583/87, y que dio origen al proyecto “referente a la protección de la vida del que está por nacer” (boletín 986-7) fundamentó que: 1.- Con el propósito de contribuir a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 19, Nº 1 inciso segundo de nuestra Carta Fundamental, que textualmente señala: "La Ley protege la vida del que está por nacer", y luego de un exhaustivo estudio de las normas relativas a estas materias, este Comandante en Jefe ha concluido que ellas no son consecuentes con la garantía constitucional antes aludida. En efecto, en el caso del Código Sanitario, la amplitud e imprecisión de su artículo 119 no resguarda la vida en su etapa intrauterina y, en el del Código Penal, éste al señalar las penas para las conductas típicas incurre en una doble valoración de la "Vida", según sea que el ser haya nacido o aún se encuentre en el vientre materno. 2.- Dada la complejidad del tema y sus múltiples implicancias, en el estudio pertinente se consultó legislación extranjera, tratadistas y la opinión de módicos y moralistas de reconocida solvencia y prestigio profesional, y moral, luego de lo cual se elaboró un proyecto de ley que se fundamenta en el principio moral y científico de que la vida se inicia antes del alumbramiento y, en consecuencia, su existencia debe ser eficazmente protegida, particularmente por la imposibilidad de que ese ser no pueda defenderse. Todo ello se afina en el concepto básico de que ese ser tiene el derecho natural, a su propia vida.

Luego de una compleja tramitación, en el informe complementario de la Comisión Conjunta de 16 de agosto de 1989, se propuso una redacción para prohibir la acción directa destinada a provocar el aborto “en el sentido que los procedimientos médicos que se empleen para salvar la vida de una madre embarazada y que tengan paralelamente el resultado no buscado ni deseado, de causar la muerte del feto, son legítimos en virtud del llamado principio del doble efecto; situación completamente distinta a la del aborto terapéutico, en el cual la muerte del feto

es el medio conducente a la salvación de la vida de la madre, y por eso es un aborto directo.”³⁶ Sin embargo, la Junta de Gobierno por acuerdo tomado en sesión de fecha 17 de agosto del presente año, dispuso remitir el proyecto de ley de la materia de la referencia a la Comisión Conjunta encargada de su estudio con el objeto de efectuar un nuevo examen de la iniciativa. En dicha instancia con el propósito de precisar aún más la norma, se estimó conveniente modificar la redacción antes propuesta. En dicha instancia se **“consideró que la expresión “acción directa”, como contrapuesta a “acción indirecta”, podría prestarse a equívocos. En cambio, el empleo de la palabra “fin”, entendida en su acepción de “objetivo o motivo con que se ejecuta una cosa”, permite una mayor objetividad de la norma”**³⁷.

De esta manera, es dable concluir que la redacción del artículo 119 que se mantuvo vigente hasta 1989 adolecía igualmente de similares cuestionamientos de constitucionalidad como los que fundamentan la presentación de este libelo. En ese sentido, tanto las motivaciones como el trámite legislativo que dieron origen a la redacción actual del texto del Código Sanitario resultaron ser pertinentes en cuanto a que una norma con tal extensión relativa a su interpretación podría impedir el cumplimiento del mandato de protección al legislador el cual ya se encontraba vigente. Así, la redacción de la norma anterior a 1989 no establecía con precisión ni las causales terapéuticas, ni las circunstancias habilitantes para delimitar la actuación del médico ni menos podía impedir el abuso en su interpretación y posterior aplicación. En cambio, la correcta interpretación del concepto jurídico de “terapia de la madre con resultado de aborto indirecto” (doble efecto), no sólo estaba permitida en nuestro ordenamiento sanitario y penal, sino que su aplicación no estaba legitimada por el anterior artículo 119 habida cuenta de la extraordinariamente equívoca de su redacción.

En relación a estas consideraciones jurídicas, médicas, y constitucionales, decimos que es incorrecto afirmar que en Chile existía aborto terapéutico como sinónimo de la terapia de la

³⁶ Historia de la ley 18.826, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 168.

³⁷ Historia de la ley 18.826, Ob. Cit. P. 187.

madre con resultado de aborto indirecto para en virtud de la norma del artículo 119 modificada por la Ley N° 18.826 de 1989.

5. Implicancias que la verdadera naturaleza de las disposiciones impugnadas sea la de una prestación.

Como ya se ha señalado, de la simple lectura del mensaje³⁸ y del estudio de las disposiciones impugnadas, se desprende claramente que lo que realmente se genera es un estatuto prestacional en torno a la figura del aborto en tres causales, lo que disiente absolutamente con la idea de una mera despenalización.

Debemos recordar que las disposiciones cuya inconstitucionalidad se solicita no se limitan a modificar normas de la ley penal, sino que, por añadidura, generan en torno al Código de Sanitario un extenso desarrollo asociado a esas figuras que eventualmente no se castigarán. A modo ilustrativo: existencia de programas complementarios para la mujer (acompañamiento), como figuras no sólo accesorias, sino que también sustitutivas (ya que la voluntad de la mujer puede revertirse) y una serie de normas que hacen del aborto en estas tres causales una prestación obligatoria, como se explicará.

Todo lo anterior, además de lo ya señalado, implica que finalmente se adquiera por parte de la usuaria el derecho de acceso a una prestación médica, garantizada no sólo por el Estado, sino que también por privados.

Ello no es una hipótesis ni teoría reciente, sino que se trata precisamente de una conducta

38 “La interrupción del embarazo, que el proyecto propone despenalizar en los tres casos indicados, **debe consagrarse como una legítima prestación de salud**. Si no se asegura el que las mujeres puedan recurrir a establecimientos de salud, esta regulación será irrelevante. Más aún, se perpetuarían las desigualdades entre las mujeres a partir de su condición económica y social”: p. 16 del proyecto (el ennegrecido es nuestro).

reconocida en el derecho comparado. Así, la Corte Suprema de la Nación Argentina ha señalado que “cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura. Rápida, por cuanto debe tenerse en cuenta que en este tipo de intervenciones médicas cualquier demora puede epilogar en serios riesgos para la vida o la salud de la embarazada. Accesible y segura pues, aun cuando legal en tanto despenalizado, no deben existir obstáculos médico-burocráticos o judiciales para acceder a la mencionada prestación que pongan en riesgo la salud o la propia vida de quien la reclama”³⁹.

Tales criterios son precisamente los que permiten demostrar fehacientemente que la real intención del legislador es la legalización de una conducta, por la vía de asegurar prestaciones necesariamente asociadas al aborto en tres causales, el cual no sólo deja de ser punible sino que se transforma en exigible. Ello se aparta diametralmente del texto constitucional, como se verá.

6. La constatación de la real protección y dignidad del no nacido es en la actualidad parte integral de nuestro sistema legal y jurisprudencial.

El proyecto de ley que nos ocupa, aunque pretenda una cosa distinta, no se enmarca solamente en el ámbito de las decisiones del legislador penal, en cuanto a la decisión de reprochar o no una conducta, sino que introduce una modificación radical en la totalidad de la normativa existente en nuestro país acerca de la protección de la vida humana, tanto en la perspectiva constitucional – que se tratará a propósito de los preceptos vulnerados – como en la legal e incluso jurisprudencial.

³⁹ F., A. L. s/ medida autosatisfactiva (2010): Corte Suprema de la Nación de la República Argentina. Sentencia de 13 de marzo de 2012.

Se ha pretendido, durante la tramitación del proyecto, que tal experiencia previa sobre la protección de la vida humana es dudosa, discutida o no bien definida, lo cual facilitaría la instalación del aborto en tres causales, con total prescindencia de dicha experiencia y consagración. Sin embargo, ello no es efectivo, pues si revisamos tanto la normativa como los fallos dictados desde la vigencia de la Carta Fundamental en adelante y a través de numerosos gobiernos democráticos si consideramos su ocurrencia desde 1990 a la fecha, descubriremos que la protección de la vida humana desde la concepción se ha considerado como un imperativo invariable sin excepción alguna, desde diversos frentes de tratamiento.

En ese sentido, la Ley N.º 20.120, “Sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana”, señala en su artículo 1º que “Esta ley tiene por finalidad **proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción**, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas” (lo ennegrecido es nuestro), para luego señalar en su artículo 3º que “Prohíbese toda práctica eugenésica, salvo la consejería genética”, y en la misma tónica el artículo 6º dispone que “El cultivo de tejidos y órganos sólo procederá con fines de diagnósticos terapéuticos o de investigación científica. **En ningún caso podrán destruirse embriones humanos** para obtener las células troncales que den origen a dichos tejidos y órganos” (lo ennegrecido es nuestro).

Cabe sobre el último artículo citado un comentario particular, toda vez que embriones congelados de sólo días de vida, que han sido concebidos in vitro con finalidades científicas y que no han sido implantados ni mucho menos se encuentran anidados en el cuerpo materno, **no pueden ser destruidos para fines de obtención de células troncales**, lo que es diametralmente opuesto a lo contemplado en el proyecto de ley impugnado, el que nos enfrenta a una realidad absolutamente contraria, al tratarse de embriones y fetos que ya se encuentran implantados y anidados en el cuerpo materno, pero cuya destrucción se permite. Esta situación ilustra cabalmente que la idea de una protección al no nacido no es una construcción reciente,

puntual o aislada, sino que se trata de consideraciones de índole legal y jurisprudencial que han existido en nuestro país desde hace varios años.

En esa misma lógica, la Ley N.º 18.933 y la Ley N.º 18.469 así como sus reglamentos propios, todos cuerpos legales relativos al ejercicio de las prestaciones de salud e ISAPRE, constatan la realidad de que la idea de una “carga” (en su significado de beneficio de plan de salud dependiente del titular del mismo) se circunscribe también al no nacido, por tratarse de un individuo que efectivamente merece una protección en sus garantías constitucionales y derechos fundamentales.

Esta realidad también se refrenda en el Código Civil, en su artículo 75, al disponer que “La ley protege la vida del que está por nacer. **El juez, en consecuencia, tomará a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligr.** Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento” (lo ennegrecido es nuestro). En otras palabras, la situación de tutela al ente que está por nacer no se trata de una situación puntual referida a temas biológicos o científicos, sino que se extiende inclusive hasta campos civiles. La lógica detrás de esta situación es sencillamente ser concordante con una realidad innegable que no puede ser alterada arbitrariamente, como lo hace el texto impugnado en este requerimiento.

Como corolario de lo anterior, debe tenerse presente que el 14 de abril de 2015 a través del Proyecto de Acuerdo N.º 319, la Cámara de Diputados aprobó por unanimidad (99 votos a favor) el requerimiento a S.E. la Presidente de la República, para que incluya a la operación intrauterina de la espina bífida dentro del Plan de Garantías Explícitas de Salud (GES). Esta situación resulta relevante pues el objetivo de tal intervención es mejorar la calidad de vida **del no nacido que tiene sólo semanas de gestación**, de modo tal que el legislador busca cumplir con la premisa del resguardo del derecho a la protección de la salud del *nasciturus*, situación

evidente al considerar que nuestra Carta Fundamental ha establecido que se trata de un ser que goza igualmente del derecho a la protección de la vida.

Todas estas consideraciones son reiteradamente reconocidas en otros textos legales, así como en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, lo que se analizará en un capítulo especial en lo sucesivo.

Pero además esta situación al ser conocida por nuestros tribunales de justicia y entidades administrativas ha sido comprendida como una realidad indudable, en el sentido de reconocer la calidad que posee el producto de la concepción como un ser titular de derechos, y, sobre todo, del derecho a la vida y su protección.

En ese sentido, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado al resolver un Recurso de Protección en el que se solicitaba a una ISAPRE asumir los costos médicos de una intervención médica realizada *in útero*, y la negativa de ésta por considerar al no nacido como un “no persona” y carente de derechos que proteger por no haber nacido. Así, la Corte dispuso que “ la intervención quirúrgica, cuya bonificación se reclama, se realizó por una necesidad de vida de la creatura que estaba en el vientre materno, tratamiento que no estaba vigente al año 2005, por lo que no podía estar detallado en el DFL N° 4, ya aludido, pero sí la enfermedad estaba considerada como prestación GES, y, en tal sentido debe ser cubierta desde que ella se presenta y se hace necesario su intervención **para dar una buena calidad de vida del recién nacido, por consiguiente, la omisión de procedimientos administrativos, que fundan la actuación de la Isapre, conculcan gravemente las garantías constitucionales reclamadas por los recurrentes,** atento que apreciados todos los antecedentes de acuerdo a las reglas de la sana crítica, permiten concluir que la negativa de la isapre recurrida, es una acto arbitrario, que fue tomado sin la debida racionalidad y contrariando además, los principios básicos del sistema CAEC **que implica una amenaza cierta al derecho a la vida y al acceso a la salud, para Marilyn Ramírez y su hija,** ya que la negativa le impide acceder a una prestación de salud que

ha sido recomendada por especialistas y que le permitió dar a luz a su hija sin consecuencias neurológicas irreversibles”⁴⁰ (lo ennegrecido es nuestro). Este mismo criterio fue posteriormente confirmado y ratificado por la Excelentísima Corte Suprema al conocer la apelación del mismo⁴¹.

Igualmente, la Corte Suprema ya ha establecido que “el ser humano tiene derecho a la vida (...) y se hace evidente que el que está por nacer, cualquiera sea la etapa de su desarrollo prenatal –pues la norma constitucional no distingue– tiene derecho a la vida, es decir, **tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación**”, para terminar concluyendo que “si entendemos que la fertilización es, como es, un proceso continuo que no resulta separable en etapas o momentos, **debemos concluir que el óvulo fecundado o embrión, es ya un individuo de la especie humana y como tal, digno de protección constitucional y legal para alcanzar su pleno desarrollo hasta que el nacimiento se produzca**”⁴² (lo ennegrecido es nuestro). Toda esta idea no hace sino confirmar finalmente que la titularidad de protección constitucional y legal en Chile, opera desde la fecundación, lo que es plenamente compatible con la realidad biológica.

La Contraloría General de la República ha tenido también oportunidad de hacer consideraciones sobre la calidad de persona en nuestro sistema jurídico. Así, se estima que el Servicio Nacional de Menores tiene atribuciones para celebrar convenios con una fundación que tiene por objeto la protección de menores en gestación (Dictamen N° 14.5542 de 15 de junio de 1992). En un segundo dictamen, la Contraloría reconoció el carácter de persona del niño en gestación para estimarlo causante de los beneficios concedidos por la ley N° 19.123 en favor de quienes han sufrido violación de sus derechos humanos. Según el organismo contralor la

⁴⁰Ramírez con ISAPRE Cruz Blanca (2013): Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago (Recurso de Protección). Sentencia de 16 de mayo de 2014, ROL N.° 143.161-2013.

⁴¹ Ramírez con ISAPRE Cruz Blanca (2014): Excelentísima Corte Suprema (Apelación Recurso de Protección). Sentencia de 27 de agosto de 2014, ROL N.° 17.153-2014.

⁴² Philippi y otros con Instituto de Salud Pública (2001): Excelentísima Corte Suprema (Apelación Recurso de Protección). Sentencia de 30 de agosto de 2001, ROL N.° 2.186-2001.

expresión "la ley protege la vida del que está por nacer" contenida en el art. 19 N° 1 de la Constitución consiste en un imperativo para el legislador para observar reglas destinadas a amparar a quien, no obstante no haber nacido, "constituye una persona en gestación" (Dictamen N° 25.403 de 21 de agosto de 1995).

En este mismo orden de cosas el Informe sobre calificación de víctimas de violaciones de derechos humanos y de la violencia política, elaborado por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, señala entre las víctimas de violación de derechos humanos a las madres y a los hijos que resultaron muertos como consecuencia de actos cometidos por agentes del Estado. Así, contempla el informe que "al conocer estas situaciones, el Consejo Superior se formó convicción de que la violencia ilegítima ejercida por agentes del Estado contra una mujer embarazada, al producir como consecuencia la interrupción de la vida intrauterina de la criatura que llevaba en su vientre, **constituye violación del derecho a la vida de esa criatura**. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 N.º 1 de la Constitución Política y en el artículo 4.1. de la Convención Americana de Derecho Humanos, que por mandato del artículo 5º inciso segundo de la Constitución integra ese ordenamiento jurídico, **el derecho esencial de respeto a la vida de toda persona se inicia a partir de la concepción**. Por tanto, la criatura que se encuentra en el vientre materno es ya titular de ese derecho, y al ser privada de él adquiere, desde ese momento, la calidad de víctima de violación de derechos humanos, dando origen a la obligación de reparar por esta causa a su madre"⁴³ (lo ennegrecido es nuestro).

Esta situación de especial protección a la dignidad y vida del no nacido también ha sido apoyada en el mismo sentido y expresamente por la jurisdicción constitucional recaída en este

⁴³ Informe sobre calificación de víctimas de violaciones de derechos humanos y de la violencia política elaborado por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación en Santiago de Chile en el año 1996. La parte citada corresponde a la página 40 de la versión en línea del señalado documento. Los casos de las víctimas no nacidas que fueron privadas de su derecho a la vida se encuentran en el mismo documento desde la página 402 a la página 404. Consultado el 28 de julio de 2017 y se encuentra disponible en:
http://www.archivochile.com/Derechos_humanos/Com_Rettig/hhddrettig0017.pdf

Excelentísimo Tribunal Constitucional, consideración que se abordará en los capítulos venideros.

En otras palabras, en todos los supuestos señalados –ya sea por consideración expresa de la ley o de nuestra jurisprudencia-, se reconoce en Chile la existencia del no nacido como un ser humano, que debe ser protegido y tutelado en su derecho a la vida. Esta situación sólo constata una realidad, y se hace cargo del mandato constitucional, hipótesis que no se verifican en el mensaje analizado en cuestión.

III. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES A LAS QUE SON CONTRARIOS LOS PRECEPTOS YA INDICADOS DEL PROYECTO DE LEY EN COMENTO.

En este apartado, ofrecemos a este Excelentísimo Tribunal precisar cuáles son las normas contempladas en nuestra Constitución que son contrariadas por los preceptos del proyecto citado.

1. Preceptos que nuestra Constitución establece y que se ven violentados por el proyecto.

a.) Artículo 1º inciso 3º:

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

b.) Artículo 1º inciso 4º:

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

c.) Artículo 5° inciso 2°:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

d.) Artículo 6° inciso 2°:

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

e.) Artículo 19 N.° 1 en sus incisos 1° y 2°:

La Constitución asegura a todas las personas:

1°: El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.

f.) Artículo 19 N.° 2:

La Constitución asegura a todas las personas:

2°: La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

g.) Artículo 19 N.º 6 en su inciso 1.º:

La Constitución asegura a todas las personas:

6º: 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.

h.) Artículo 19 N.º 15 en su inciso 1º:

La Constitución asegura a todas las personas:

15º: El derecho a asociarse sin permiso previo.

i.) Artículo 19 N.º 26:

La Constitución asegura a todas las personas:

26º: 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.

Habiéndose señalado las disposiciones Constitucionales que se ven contrariadas con el boletín N.º 9895-11 ya señalado, se procederá a analizar en particular la forma en que el referido proyecto atenta contra nuestra Carta Fundamental.

2. Situación de vulneración de los preceptos referidos, que se verifica respecto de cada uno de los artículos impugnados del proyecto en tratamiento, en lo que corresponde.

A. Todos los artículos impugnados contravienen lo dispuesto en el artículo 19 número 1 incisos 1° y 2° de la Constitución.

a) A quiénes les están asegurados los derechos constitucionales, entre ellos, la vida y la integridad física y psíquica.

El enunciado del artículo 19 de la Constitución (“la Constitución asegura a todas las personas...”)⁴⁴ importa tres decisiones fundamentales del constituyente, inalteradas desde la vigencia de la Carta Fundamental hasta la fecha: Asegurar derechos fundamentales que son anteriores al texto mismo de la Carta, pues dependen de la naturaleza misma del ser humano y no de un acto de otorgamiento del Estado⁴⁴; hacerlo respecto de las personas y no sólo de los “habitantes” del país como lo hacía la Carta de 1925, lo cual implica una protección universal, y, finalmente, asegurarlas a todas, sin distinciones de ninguna especie, lo cual por lo demás es compatible con la definición de “persona” del propio Código Civil.

Dicho enunciado debe relacionarse con el artículo 1° de la Constitución en su inciso 1° que afirma: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, el cual fue reformado por la Ley n° 19.611, publicada en el Diario Oficial el 16 de junio de 1999, la cual sustituyó la palabra “hombres”, que encabezaba el artículo originalmente concebido, por “personas”, como aparece actualmente en el texto constitucional.

Al discutirse el cambio de estos vocablos, entre otros aspectos, es importante recordar

⁴⁴ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión n° 87, p. 7. Como ha sostenido este Excmo. Tribunal, el mandato imperativo de *asegurar* a todas las personas los derechos fundamentales que enumera el Capítulo III de la Constitución supone, entre otras cosas, que dichos derechos son anteriores a la Carta Fundamental porque “*sólo puede asegurarse lo que existe previamente*” (STC 740, c. 47). Lo anterior, encuentra su fundamento en que la Constitución no “ha creado esos derechos, sino que, simplemente, se ha limitado a reconocerlos, a regular su ejercicio, y a garantizarlos a través de mecanismos jurídicos adecuados para no tornar ilusoria su protección” (STC 740, c. 47).

que, en la sesión de sala del H. Senado de la República de fecha 3 de marzo de 1999, se tomó acuerdo de la sala – el cual se brindó en forma unánime – en el sentido siguiente:

“... solicito formalmente a la Mesa que recabe el acuerdo de esta Sala con el objeto de hacer constar en forma expresa, para la historia fidedigna del establecimiento de la norma pertinente, que, ante el hipotético caso de que este proyecto se convierta en norma constitucional, jamás se podrá desprender de él que, en conformidad a nuestro ordenamiento constitucional, se es persona y, por ello, sujeto de derecho a partir del nacimiento, pues este asunto fue zanjado por otra norma constitucional. En la especie, el artículo 19 N° 1 de la Carta, al proteger la vida del que está por nacer, lo hace luego de que en el epígrafe de aquel precepto se dispone expresamente que “La Constitución asegura a todas las personas”: es decir, que la criatura que se encuentra por nacer es persona y sujeto de derecho desde su concepción”⁴⁵.

Frente a esta solicitud, se le dio la palabra al señor Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Corporación, Senador Hernán Larraín, el cual expresó:

Recabado, de esa manera, el acuerdo de la sala en esta materia, quedó en evidencia que se trataba de asegurar a todos los individuos de la especie humana y no sólo a los que cumplieran requisitos de la personalidad en la perspectiva del Derecho Civil, la cual se corresponde con criterios patrimoniales y no es el parámetro interpretativo de la Constitución⁴⁶.

⁴⁵ Esta propuesta es respaldada por el Presidente de la Comisión en los términos siguientes: “Señor Presidente, si tenemos presente el objetivo del mensaje – éste señala que se trata de un proyecto de reforma constitucional que establece la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres-, observamos que no se pretende innovar el tenor del actual artículo 1° de la Constitución/“Creo que si se aprueba el proyecto – parece que así va a ocurrir. La interpretación dada a la referida norma deberá seguir, porque no se modifica su sentido con la expresión “las personas”, agregada en la Comisión a sugerencia del senador señor Hamilton. Ese hecho no altera la búsqueda de la igualdad como objetivo central de la misma iniciativa y no cambia la noción del término “persona”, que, dentro de la tradición jurídica, ha incluido como sujeto de derecho al que está por nacer”. Vid. Diario de Sesiones del Senado de la Legislatura 339°, extraordinaria, sesión 21 del miércoles 3 de marzo de 1999.

⁴⁶ En efecto, las consideraciones sobre la protección de la persona humana presentes en la Historia Fidedigna de la Constitución difieren abiertamente con el concepto proporcionado por el artículo 74 del Código Civil en cuanto a que “la existencia legal de toda persona comienza al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre” siempre que la criatura sobreviva a la separación “un momento siquiera”, lo que condiciona el ser persona al hecho de nacer

b) Interpretación y contenido del artículo 19 N°1 incisos 1° y 2°.

Esta disposición apareció por primera vez en la Carta Fundamental de 1980 y la razón de ello fue considerar que este bien jurídico de tanta relevancia debía ser consagrado constitucionalmente y no sólo en la esfera legal, más aún después de los muchos atentados contra la vida evidenciados durante el siglo XX.

La vida humana es un hecho biológico definido por la ciencia y, como tal, es objeto de protección constitucional desde la concepción, es decir desde su inicio, ya que desde ese momento estamos en presencia de un ser humano que reúne en sí todas las calidades y requisitos de tal, sin importar que aún no haya desarrollado todas las potencias propias del hombre⁴⁷, y que por ello cuenta desde ya con la calidad de persona, que lo hace ser reconocido como digno y merecedor de la protección constitucional. Como lo manifestara el profesor José Luis Cea, quien fue invitado a las sesiones de la Comisión en que se discutió el tema de los derechos humanos, señalando que éstos “se conceden no sólo al ser humano que ya tiene capacidad jurídica, sino también al ser desde el momento en que es concebido y hasta después de su muerte”⁴⁸.

Lo anterior incluye el resguardo de la criatura mientras se encuentra en el vientre de su madre, como también la protección de la salud de ésta y de sus condiciones de vida durante el embarazo. Asimismo, deben proporcionarse a ambos las condiciones materiales y espirituales que aseguren que el nacimiento se desarrolle en un ámbito de respeto y protección. En esa perspectiva, toda vida humana debe ser tratada dignamente: “la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera sea la situación en que la persona se encuentre (...) constituyendo, en

y de hacerlo con una mínima viabilidad. *Vid. Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión n° 90, p. 18.

⁴⁷ “La dignidad de la persona no es superioridad de un hombre sobre otro, sino de todo hombre sobre los seres que carecen de razón”: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús citado en ARCE Y FLOREZ – VALDÉS, Joaquín (1990): *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional* (Madrid, Civitas), p. 148.

⁴⁸ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión n° 88 p. 21.

consecuencia, un *mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”⁴⁹.

Esta conceptualización es plenamente compatible con lo preceptuado en el artículo 5º de la Constitución, el cual declara que los derechos esenciales que son límite al ejercicio de la soberanía “emanan de la naturaleza humana” la cual es común a todo aquél sujeto del que se predique humanidad. Ello incluye, por supuesto, a los no nacidos, que son en todo momento individuos de la especie humana. Dicha naturaleza constituye una realidad intrínseca del individuo de la especie humana, que no depende de ninguna característica accidental: se posee por el hecho de ser individuo de la especie humana sin distinción ni discriminación alguna, incluyendo el hecho de haber o no nacido.

Una vez que se trata por parte de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución el tema de la vida, surge como consecuencia natural la condena al aborto⁵⁰. Asimismo, se pronuncia Alejandro Silva Bascuñán indicando que: “en el caso de quien está por nacer, siendo un bien enorme para la humanidad y para él el principio de la existencia, cómo se puede, sin ningún acto reflexivo de esa persona que va a sacrificar su vida o que no va a llegar a ella, supeditar y poner casos en los cuales se conciba que se quite un derecho a quien no ha tenido oportunidad de defenderse o que no ha tenido oportunidad de realizar ningún acto”⁵¹.

Dignas de especial consideración resultaron también las indicaciones de Enrique Ortúzar, al señalar que “es evidente que el ser humano tiene cierta existencia aún antes de nacer, y si bien es efectivo que el Código civil previene que la existencia de la persona comienza al nacer, también el mismo Código reconoce que existe un principio de persona antes del

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 120/1990 de 27 de junio, citada por OLLERO TASSARA, Andrés, “Todos tienen derecho a la vida. ¿Hacia un concepto constitucional de persona?” en MASSINI, C.I. Y SERNA, P. (editores) (1998) *El Derecho a la Vida (Pamplona, EUNSA)* p. 288.

⁵⁰ Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Sesión N.º 84, párrafo 8, p.13

⁵¹ Idem, sesión N.º 87, párrafo 3, p.13

nacimiento y por eso la protege”⁵².

¿Cuál es la razón, entonces, por la cual se ha estimado por algunos autores que el artículo 19 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 distingo rango.

En primer término, cabe destacar que tal pretensión desconoce que la Carta de 1980 no ha previsto distinción alguna entre miembros de la especie humana y personas, como tampoco la jerarquización de los derechos contenidos en ella o la subestimación de estos derechos según los ejerzan ciertos titulares. Por el contrario, demanda la adecuada ponderación y armonización del orden constitucional: “El *principio de unidad de la Constitución* exige que el legislador realice el máximo esfuerzo para configurar y regular los derechos en un sistema donde cada uno de ellos colisione lo menos posible con otros, donde los derechos constituyan círculos tangentes y no círculos secantes que se invadan unos a otros, lo que exige la adecuada ponderación y un eventual sacrificio mínimo de cada derecho que exige el principio de proporcionalidad que debe emplear necesariamente el legislador en la regulación de los derechos”⁵³.

Sin embargo, hay algunos elementos que han pugnado contra esa interpretación que describiremos a continuación:

i.- Durante el tratamiento del derecho a la vida en la Comisión de Estudios ya citada, se tocó expresamente el tema del aborto a instancias de los dichos del comisionado Guzmán, como ya se ha explicado. Sin embargo, algunos comisionados quisieron dejar constancia de que no consideraban la prohibición del aborto como absoluta, como sí lo había hecho el Comisionado

⁵² Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión n° 89, párrafo 1, p.18

⁵³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2004): “Pautas para Superar las Tensiones entre los Derechos a la Libertad de Opinión e Información y los Derechos a la Honra y la Vida Privada”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XVII, diciembre 2004, pp 139 y ss.

Guzmán, ya que estimaban que existían situaciones que podían justificarlo: “Estima – el Comisionado señor Ortúzar – que respecto del aborto terapéutico, cuando el derecho a la vida de la madre está en pugna con el derecho a la vida del hijo – que fue lo que, por lo menos, en lo personal, hizo mayor fuerza sobre él – existe una pugna entre dos existencias, y en el caso de la eutanasia no se produce esa pugna, de manera que son situaciones diferentes”⁵⁴. Luego, al ser aclarado este punto por el Comisionado señor Silva Bascuñan (quien “entiende que cuando se está protegiendo en la Constitución la vida del que está por nacer, de ninguna manera se concede libertad al legislador para determinar, soberana y arbitrariamente, de qué manera va a protegerla, de modo que no le parece que pueda argumentarse que el legislador quedó libre para hacer lo que desea en materia de protección de los derechos del que está por nacer”)⁵⁵ puntualiza el anterior comisionado: “lo que no se quiso hacer en la Constitución fue ni hacer permisible el aborto terapéutico ni condenarlo, y si no se ha hecho permisible ni se ha condenado es porque se le ha entregado al legislador la protección de la vida del que está por nacer, tal como ocurre hoy en día en la disposición del Código Civil, y estima que nadie podría afirmar que el aborto terapéutico constituye delito, porque no está consignado como tal”⁵⁶.

Luego, en la misma sesión, el Comisionado señor Ortúzar resume la postura mencionada: “Dentro de la facultad que tendrá el legislador se podrá no considerar delito el aborto terapéutico – como entiende que hoy día no lo es⁵⁷– ya que la práctica maliciosa del aborto está penada por el Código Penal, pero el aborto terapéutico no se encuentra sancionado por dicho texto legal... Se ha querido hacer una diferencia entre el precepto que consagra el derecho a la vida y la disposición que entrega al legislador el deber de proteger la vida del que está por nacer. Agrega que, en el primer caso, se trata de consagrar en forma absoluta el derecho a la vida, y en el segundo, se desea dejar cierta elasticidad para que el legislador, en determinados casos, como

⁵⁴ Sesión 90, p. 14.

⁵⁵ Idem, p. 15.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Ello se debe a que en el momento de discutirse este tema, se encontraba vigente la norma del Código Sanitario que lo autorizaba en su artículo 119, el cual fue modificado después.

por ejemplo, el aborto terapéutico, no considere constitutivo de delito el hecho del aborto”⁵⁸.

Sin embargo, este intercambio de ideas – que nunca estimó la posibilidad de proteger la vida humana desde un momento diverso al de la concepción, sino posibilitar el aborto terapéutico entendido como la intervención no maliciosa respecto de un embarazo que pone en riesgo la vida de la madre⁵⁹- fue, en todo caso, fue zanjada en el documento final que envía la Comisión al Gobierno, con fecha 16 de agosto de 1978, en el cual destaca que **“la consagración del derecho a la vida implica necesariamente la protección del que está por nacer”**, sin hacer distinciones ni jerarquías entre lo previsto en uno y otro inciso del artículo 19 N° 1⁶⁰.

Ello deja en claro que, si bien los comisionados tenían diversas visiones de la extensión del tema, se pueden destacar los aspectos reconocibles desde el origen de la Constitución: Ninguno propuso que hubiera distinciones asociadas con el tiempo gestacional o con el nacimiento respecto de la protección de la persona humana; algunos consideraron que ciertas figuras de aborto podían tener una reprochabilidad penal distinta – no significaba plantearse como escenarios de legalización, pero finalmente, todos coincidieron en la inextricable unidad, lógica por lo demás, entre los incisos 1° y 2° del artículo 19 N° 1 de la Constitución.

ii.- Sin perjuicio de lo ya explicado, durante los inicios de los años 2000, la redacción del inciso 2° del artículo 19 N° 1 motivó en algunos una interpretación diversa a la descrita – erróneamente, a nuestro juicio – identificándola como indiciaria de una protección de inferior rango para el nasciturus. La redacción, que es exactamente igual a la utilizada en el artículo 75 del Código Civil y que no había sido cuestionada con anterioridad, sirvió entonces para

⁵⁸ Sesión 90, p. 16. Otros comisionados, como el señor Evans, consideraron que también debía dejarse abierta la posibilidad de no considerar delito el aborto en caso de violación, vid. P. 19 de la misma sesión. Sin embargo, sólo refieren sus apreciaciones a la punibilidad de la madre, no a la creación de un entorno prestacional o del establecimiento de un estatuto “decaído” para el embrión humano.

⁵⁹ Ya explicaremos por qué consideramos que no es ése el caso de la causal primera del Artículo 1° N° 1 del proyecto, a diferencia de lo que puede creerse.

⁶⁰ El documento completo sobre “Proposiciones e ideas precisas para la nueva Constitución” puede encontrarse en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 8, No. 1/6 (enero-diciembre 1981), pp. 144-317

considerarla como una recepción del mandato legal establecido en el Código Civil, que implica la adopción del concepto de inicio de la personalidad del Código Civil, conforme al cual el nacimiento es la condición requerida para tal inicio, lo cual impediría reconocer al embrión la calidad de titular de un derecho subjetivo público⁶¹.

Esa visión antojadiza desconoce la naturaleza de la norma civil correspondiente y el objetivo del legislador, como asimismo que el concepto de “persona” al ser recogido por la Constitución, adquiere una dimensión distinta, la cual es fortalecida por los tratados internacionales de derechos humanos⁶².

⁶¹ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2006): “Después de la Píldora”, *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, pp. 235-244.

⁶² “Es efectivo que los viejos tratados y manuales pueden llevar a pensar en que ésta es una lectura correcta de las disposiciones del Código Civil, aunque todos ellos utilizan el vocablo “persona” en un sentido restringido de ser capaz de adquirir derechos patrimoniales./ Pero cuando el concepto de persona adquiere un significado más amplio e integral y designa al ser humano en cuanto depositario de una incondicionada dignidad y de unos universales derechos que se dicen “humanos”, las disposiciones del Código Civil deben ser objeto de una revisión interpretativa. Y, la verdad sea dicha, se prestan perfectamente a una lectura personalista propiciada desde la Convención Americana de Derechos Humanos, según la cual todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (arts. 3 y 1.2)./Para determinar el estatuto jurídico del concebido el precepto clave del Código Civil no es el art. 74, sino el art. 55. Este último precepto contiene la definición de persona natural para la ley civil, y que reza: “Son personas todos los individuos de la especie humana”. La norma agrega que este reconocimiento debe hacerse sin distinción ni discriminaciones: “cualquiera que sea su edad [desarrollo cronológico], sexo, estirpe o condición”. Si, como la biología y la genética han demostrado, desde que el espermio fecunda al óvulo hay ya un individuo que pertenece a la especie humana, entonces no cabe duda de que para la ley civil chilena esa criatura es persona. Por ello, la ley, incluso modificada recientemente, no tiene dudas en calificar de “hijo” al individuo que está por nacer, como puede verse en los arts. 181 y 243 inc. 2º./ Congruente con este reconocimiento, la disposición del art. 75 del Código Civil ordena proteger la vida y la salud del ser humano desde que se le concibe, empleando la frase, traducción de la categoría latina de nasciturus, de “el que está por nacer”, es decir, el que está en un proceso de desarrollo que le llevará a nacer. Nótese que la expresión supone la personalidad: no se trata de “algo”, de “lo” que está por nacer, sino de un “alguien”, de “el” sujeto que está por nacer. Señala el artículo que “La ley protege la vida del que está por nacer” y luego dispone “El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido siempre que crea que de algún modo peligrará”./ Pues bien, ¿qué ha querido significar el Código Civil cuando en el art. 74 establece que la existencia legal de la persona principia al nacer? Hay que destacar que el precepto emplea cuidadosamente los términos y no dice —como a veces se cree— que la persona principie al nacer. Más bien, supone que la persona existe desde antes, desde que está por nacer, esto es, de la concepción o fecundación. Pero esa persona, ya presente como tal, sólo adquiere “existencia legal” con el nacimiento. La cuestión, por tanto, se reduce a descubrir a qué se refiere el legislador con esta expresión: “existencia legal”; la respuesta se revela al examinar el art. 77, según el cual “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 [legal], entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron...”. Vemos que la noción técnica de “existencia legal” se refiere a la capacidad para adquirir y consolidar derechos patrimoniales

Por el contrario, consideramos que el enunciado del artículo 19 no es sólo un preámbulo del reconocimiento de los derechos fundamentales, sino que implica las claves con las cuales esta protección se despliega: Reconocimiento a derechos inherentes del ser humano y ya existentes y amplia extensión de ese reconocimiento, pues se efectúa a todas las personas. Ningún precepto de la Constitución priva a cierto grupo de personas de algunos de los derechos allí consagrados, si bien en varios casos condiciona el ejercicio a cumplir con requisitos legales o a hacerlo en el marco indicado por la Constitución. **En otras palabras, siempre son personas las que gozan del ejercicio de los derechos, naturales o jurídicas.**

Dado lo anterior, la única norma en la que se pretende que exista, a la vez del reconocimiento de los derechos de las personas, una protección para las “no personas” sería en el artículo 19 N° 1 de la Constitución. Si esto es así, significaría que sólo en el caso del derecho a la vida y no de la integridad física se produciría esta división, como tampoco sucedería respecto de ningún otro derecho.

Continuando con dicha tesis, la Constitución ordenaría a la ley proteger la vida del que está por nacer, lo cual sería innecesario si se considera que la propia Constitución tomaría por

(por ejemplo, una herencia, una donación, la indemnización por un seguro de vida, una renta vitalicia). Para adquirir en forma definitiva estos derechos, la ley exige que el concebido llegue a nacer. Si muere antes, el mismo art. 77, en su parte final, dispone que “pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”. Esta disposición evita que se abran disputas sobre cuándo se produjo la muerte del no nacido y quiénes serían sus herederos. La ley, al verificar que el concebido ya no podrá gozar de derechos patrimoniales, establece la ficción de que no ha existido. Pero esta ficción se limita a los derechos patrimoniales, porque su existencia como persona no puede ser ignorada ni siquiera retroactivamente. De allí que la Ley de Registro Civil señale expresamente la necesidad de otorgar autorización para sepultar a la criatura que no ha llegado a nacer (art. 49 inc. 2º) En suma, para el Código Civil la persona comienza con la concepción. Desde allí se protege la vida y la salud del ser humano. El nacimiento determina sólo la consolidación y firmeza de la capacidad para adquirir derechos patrimoniales (“existencia legal”)” (el ennegrecido es nuestro): CORRAL, Hernán, “Aborto y “existencia legal” de la persona”, en <https://corraltalciani.wordpress.com/2014/06/01/aborto-y-existencia-legal-de-la-persona/>.

clave interpretativa de sí misma al Código Civil, pues si se entiende que “las personas” a que se refiere el artículo 19 y el artículo 1° son solo aquellas nacidas, pues así lo expresa el Código, no había necesidad de disponer respecto de “las no personas” otra cosa, dado que en el mismo estatuto civil está contemplada ya su protección. Por cierto, quedaría además un cabo suelto: Si también la ley civil distingue entre personas y cosas y ya se ha dicho que el no nacido no sería persona, ¿sería entonces cosa? Y de ser así, ¿por qué el afán del Constituyente de proteger su vida, dado que la protección de las cosas es exclusivamente resorte de la ley civil? Esta pregunta no es susceptible de responder sin crear categorías intermedias que, por cierto, el propio Código Civil no contempla.

En síntesis, la transcripción del texto de artículo 75 del Código Civil en el inciso 2° del artículo 19 N° 1, **no tuvo por objeto crear una dualidad de protecciones de distinto rango sobre la vida humana, sino establecer el deber del legislador de proteger especialmente la vida del que está por nacer, que es la más vulnerable y desamparada.** La referencia que el Código Civil efectúa en su artículo 74 a la “existencia legal” aplica a fines distintos y no es el eje de la protección de los derechos fundamentales.

c) En qué consiste la obligación de protección que el inciso 2° del Artículo 19 N° 1 impone al legislador.

La Constitución, como se ha explicado, asegura el derecho a la vida *exclusivamente* a las personas, pues todos los derechos fundamentales se adscriben a personas y no a cosas. De allí que la Constitución mandata a la ley proteger la vida del que está por nacer, lo hace porque el antecedente de tal mandato es que la propia Carta resguarda la vida del que está por nacer en cuanto a que es persona.

En ninguna de las garantías constitucionales existentes se incluyen referencias a la protección de los elementos consagrados como parte del derecho, pero respecto de un ente

distinto a la persona humana. Por otra parte, es claro que la técnica legislativa usada por el Constituyente de 1980 y reiterada en las numerosas reformas posteriores a la Carta, parte del supuesto que cada uno de los incisos de las garantías constitucionales se refieren y giran siempre en torno a los derechos de las personas (así, malamente podría creerse que los numerosos incisos del artículo 19 N° 24 refieren a los yacimientos mineros o a las aguas, cuando en realidad siempre refieren finalmente al concesionario minero, o en general, al titular o propietario). Menos en una garantía tan relevante como el derecho a la vida podría estimarse que se aseguraron entes distintos a los titulares.

Sin embargo, el inciso 2° no sólo debe examinarse en inextricable relación con el inciso 1° del artículo 19 N° 1, **sino que además debe considerarse con la fuerza que posee como orden de la Constitución dirigida al legislador.** De este modo, no significa bajo circunstancia alguna que el que está por nacer tenga un estatuto “disminuido” o de segunda categoría respecto del nacido, sino por el contrario: significa que se refuerza el estándar de protección que le debe el legislador, precisamente en concordancia con el artículo 5° de la Carta y con la situación de especial vulnerabilidad del que se encuentra en gestación.

Tal mandato no sólo deriva en la imposibilidad de admitir el daño o la destrucción del producto de la concepción, sino además impone el deber de tomar todas las medidas positivas necesarias para su resguardo y protección, pues se trata que la vida que ya biológicamente posee pueda seguir desarrollándose hasta su nacimiento y por cierto, en la medida que las condiciones de su salud lo permitan, hasta después de él.

Considerar, por el contrario, que este mandato al legislador se traduce en una especie de habilitación para que éste elija las condiciones de protección, su alcance, sus excepciones e incluso el retiro de una protección no sólo penal sino civil, **nos parece decididamente aventurado, pues se opondría diametralmente a lo previsto en el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental, según se explicará.**

d) **Cuál ha sido la interpretación de este Excmo. Tribunal Constitucional sobre los preceptos invocados.**

Este Excmo. Tribunal ha considerado lo siguiente, compartiendo el punto de vista expuesto precedentemente: “si al momento de la concepción surge un individuo que cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo, constituyéndose en un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre... es posible afirmar que estamos frente a una persona sujeto de derecho. La singularidad que posee el embrión, desde la concepción, permite observarlo ya como un ser único e irrepetible que se hace acreedor, desde ese mismo momento, a la protección del derecho y que no podría simplemente ser subsumido en otra entidad, ni menos manipulado, sin afectar la dignidad sustancial de la que ya goza en cuanto persona” (STC 740, c. 50). Si bien tal pronunciamiento no se ha producido respecto de una ley de aborto, **sí puede aplicarse directamente a la materia que nos ocupa, pues la valoración de la vida humana no puede diferir en cuanto a sus fundamentos, trátase de una situación u otra.**

Asimismo, como lo ha reconocido este Excmo. Tribunal: “[l]a intención del constituyente fue confiar al legislador las modalidades concretas de protección de la vida del que está por nacer en el entendido que se trata de un ser existente e inserto en la concepción de persona, en cuanto sujeto de derecho, a que alude el encabezado del art. 19. Este mandato al legislador importa la protección de un derecho y no sólo del bien jurídico de la vida, distinción que no es menor para estos sentenciadores. En efecto, si sólo se hubiese protegido la vida, en cuanto bien jurídico, bastaría que el legislador hubiese consagrado mecanismos que aseguraran al *nasciturus* la viabilidad de la vida intrauterina hasta el nacimiento. Sin embargo, el legislador –interpretando correctamente el mandato que le ha impuesto la Constitución– ha establecido acciones e instrumentos concretos destinados a que el *nasciturus* opte a la protección de sus derechos como cualquier otro titular.” (STC 740, c. 58).

e) De qué modo la totalidad de las normas impugnadas afectan directamente el Artículo 19 N° 1 incisos 1° y 2° de la Constitución.

e.1) Triple objetivo de las normas impugnadas del proyecto.

Debe tenerse presente que la totalidad de las normas impugnadas constituyen un todo armónico que busca en su conjunto tres objetivos: Establecer tres causales respecto de las cuales la mujer puede decidir voluntariamente abortar al hijo que espera, cumpliendo medianas condiciones de comprobación; construir, respecto de tales situaciones, una suerte de “prestación de salud” que no sólo asegura la impunidad de la acción abortiva respecto de la mujer y de quien realice la intervención, sino la existencia de una prestación debida tanto por el sistema público de salud como por los prestadores privados, legalmente exigible, y, finalmente, desarrollar un estatuto del embrión humano diametralmente diverso al hoy existente en la Constitución y las leyes, decididamente depreciado, considerando su situación jurídica como inferior a la del individuo nacido, al punto de autorizar la disponibilidad de su vida cuando se verifiquen las tres referidas causales.

Cada uno de estos objetivos se opone drásticamente a lo preceptuado en el artículo 19 N° 1 en sus dos primeros incisos. En efecto, 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.

e.2) La “interrupción del embarazo” en tres causales prevista en el Artículo 1° N°1 (que sustituye el artículo 119 del Código Sanitario por el texto que indica)

Si analizamos, en esta perspectiva, el artículo 1º N°1 del proyecto, que, como se ha dicho, sustituye el artículo 119 del Código Sanitario por el texto que indica, se evidencia que si bien se utiliza el término “interrupción” del embarazo en tres causales, en realidad se refiere claramente a una intervención matadora, es decir, en la que **concorre el ánimo de destrucción del que está por nacer que era precisamente constitutivo de la malicia exigida en el delito de aborto**. Tal naturaleza es intrínsecamente contraria e incompatible con el régimen de protección de la vida establecido en la Carta Fundamental.

¿Pueden hacerse diferencias, a este respecto, entre las tres causales que la norma prevé? A saber, las causales mencionadas y manifestadas en el inciso 1º del nuevo artículo 119 del Código Sanitario son las siguientes: “1) La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida; 2) El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal y 3) 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”.

Si bien aparentemente se trata de situaciones muy distintas, en realidad son eslabones de una cadena que asocia necesariamente los tres objetivos mencionados en el punto anterior.

En efecto: la primera causal tiene cierta facilidad para confundirse con una práctica hoy aceptada, para la cual no se requiere habilitación legal adicional, consistente en interrumpir el embarazo de alto riesgo para salvar, si es posible, a la madre y al hijo, o cuando al menos al que sea susceptible de sobrevivir. Tal figura sí admite la calificación de “interrupción del embarazo”, pues carece de la malicia del aborto y se halla justificada por la *lex artis* y por el cumplimiento del deber

médico⁶³.

Sin embargo, dicha situación **no es lo mismo que la primera causal aunque se parezcan**. En la figura admitida por el Derecho hoy vigente, el médico interviene el embarazo de alto riesgo cuando las circunstancias de ambos pacientes (madre e hijo), así lo indican, de modo tal que su observación y preocupación es por ambos y uno por uno; en tal decisión no se considera sacrificable a ninguno de los dos, aunque no puedan salvase ambos. Precisamente por ello, los procedimientos, técnicas y decisiones buscan siempre obtener el mejor resultado posible, aceptando pero no queriendo el resultado inevitable de muerte del embrión en situaciones límite (como es el caso de no de los tipos de embarazo ectópico, el mal llamado “embarazo tubario”, en el cual el embrión se ha alojado en una trompa de Falopio, en la cual no puede subsistir).

En cambio, la redacción de las disposiciones del proyecto, siguiendo lo ya descrito en el inicio de esta presentación, 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.**

Por último y quizás sea lo más sorprendente, el proyecto no distingue ninguna técnica ni ordena una que sea lo menos dañosa posible para el que está por nacer, sino que además precisa – en el inciso antepenúltimo – 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 del embarazo con sobrevivencia del nacido”, es decir,

⁶³ Al respecto, se sugiere revisar VIVANCO, Ángela: Ob. Cit.

en la causal primera no se consideran cuidados paliativos para el hijo sobreviviente de la interrupción pero en grave estado de salud y más aún, no se establece la obligación de plenos cuidados médicos al hijo que sobrevive con buenas posibilidades de vida de la interrupción provocada por tal causal.

Se podría considerar que tales obligaciones se consideran obvias y por eso no se incluyen, pero también podría ser obvia la situación de la segunda causal y sin embargo sí se ha indicado expresamente. Además, si como hemos dicho, la intervención destinada a salvar a los dos pacientes involucrados en el proceso de embarazo se encuentra validada por el Derecho, ¿qué es lo que se pretende despenalizar aquí? Sin duda la intervención que sólo mira al interés y derechos de uno de esos pacientes y no de ambos.

Respecto de la segunda causal, si bien si se abre la posibilidad de cuidados paliativos, el problema es otro: aquí se considera que la escasa posibilidad de sobrevivida después del parto es determinante para retirar la protección de esa vida y admitir su disposición. Sin entrar a discutir la problemática que representa, en situaciones de esta especie, la falta de médicos especializados y las posibilidades de un mal diagnóstico, aún si consideráramos que ello no ocurrirá y que la determinación de las condiciones del que está por nacer ha sido precisa, respecto de este sujeto se produce un violento desmedro de protección, considerando a priori que sus pocas posibilidades de sobrevivir justifican interrumpir el embarazo e impedir que continúe su desarrollo y llegue a nacer.

En términos puramente prácticos, durante la tramitación del proyecto, se ha argumentado que tal decisión estaría exenta de reprochabilidad, pues acudiría en favor de la madre afectada psicológicamente por un embarazo sin final feliz y apresuraría lo que de todos modos va a pasar. Sin embargo y sin negar la necesidad de acogida y acompañamiento que la madre merece y debe recibir, la proximidad de la muerte no es una excepción constitucional admisible a la

protección de la vida y, si bien la limitación del esfuerzo terapéutico es plenamente aceptada respecto de enfermos terminales, ello no significa que el aborto como intervención directamente matadora pueda asimilarse a ésta, pues se trata de expulsar al que está por nacer del útero materno, evitando que viva el tiempo que naturalmente podría mantenerse allí con vida.

Resulta altamente contraproducente considerar que la protección de la vida humana decrece hasta hacerse inexistente según las posibilidades de sobrevivencia del sujeto, criterio que podría extrapolarse a otras muchas situaciones de vulnerabilidad.

Por su parte, la tercera causal, que sí cuenta con un plazo a diferencia de las otras dos, importa decididamente considerar que el origen de un individuo que está por nacer es determinante para que llegue a hacerlo. Aquí no hay un problema de muerte próximo o de riesgo de la vida de su madre, sino directamente opera la privación de su derecho constitucional o aún del interés en la mantención de su vida, porque ha sido engendrado mediante una conducta delictiva y aberrante pero que nada tiene que ver con el ser mismo, sino con un agresor distinto.

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. Sin duda es muy probable que su madre no quiera criarlo, pero 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 herramientas de acogida tanto para la mujer gestante como para el hijo. Su eliminación no retrotrae la historia, no reestablece derechos, sino que profundiza el daño causado y evidencia el total abandono social⁶⁴.

⁶⁴ Ello sin considerar la situación de sufrimiento que para un niño de 12-14 semanas, con capacidad de reacción cortical, significa la práctica del aborto, lo cual pasa totalmente desapercibido para el legislador.

De este modo, cada una de las causales que admiten la interrupción del embarazo en la norma importan una contravención evidente del artículo 19 N° 1 en sus dos incisos, pero además, si revisamos la restante redacción del precepto, descubriremos que el legislador no se conforma con la despenalización de las tres figuras, sino, como se ha dicho, y cumpliendo con la concreción de los objetivos descritos, **pues no sólo configura tres causales de aborto permitido sino que genera respecto de la mujer interesada un sistema prestacional exigible por parte de ella y obligatorio para las instituciones de salud, no sólo contrario sino drásticamente destructivo de las bases de protección y resguardo que la norma constitucional pretende asegurar a la vida del ser humano, particularmente en gestación.**

e.3) La construcción prestacional del aborto presente en los artículos 1° N° 1 y N° 2 del proyecto (que reemplazan el artículo 119 del Código Sanitario por un nuevo texto e incorporan un nuevo artículo 119 bis, respectivamente).

Esta construcción prestacional se evidencia del texto de las disposiciones contenidas en el Artículo 1° N° 1 y N° 2 del proyecto (en la parte objetada de constitucionalidad, en el segundo caso), que, como se ha explicado, reemplazan el Artículo 119 del Código Sanitario por un nuevo texto e incorporan un nuevo Artículo 119 bis, respectivamente: “a falta de autorización, entendiendo por tal la negación del representante legal, o si éste no es habido, la niña, asistida por un integrante del equipo de salud **podrá solicitar la intervención del juez para que constate la ocurrencia de la causal**”, “cuando a juicio del médico existan antecedentes para estimar que solicitar la autorización del representante legal podría generar a la menor de 14 años, o a la mujer judicialmente declara interdicta por causa de demencia, un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad, **se prescindirá de tal autorización y se solicitará una autorización judicial sustitutiva**”, “la autorización judicial sustitutiva regulada en los incisos anteriores **será solicitada al juez con competencia en materia de familia** del lugar donde se encuentre la

menor de 14 años o la mujer declara judicialmente interdicta por causa de demencia”, “el procedimiento **será reservado y no será admitida oposición alguna de terceros** distintos al representante legal que hubiere denegado la autorización”, “la resolución que deniegue la autorización **será apelable y se tramitará según lo establecido en el inciso quinto del artículo 69** del Código Orgánico de Tribunales”, “si a juicio del equipo de salud existen antecedentes que hagan deducir razonablemente que proporcionar esta información al representante legal señalado por la adolescente podría generar a ella un riesgo grave (...) **se prescindirá de la comunicación al representante y, en su lugar, se informará al adulto familiar que la adolescente indique y, en caso de no haberlo, al adulto responsable que ella señale**”, “el prestador de salud **deberá proporcionar a la mujer información veraz sobre las características de la prestación médica**, según lo establecido en los artículos 8° y 10 de la ley N.° 20.584. Asimismo, deberá entregarle información verbal y escrita sobre las alternativas a la interrupción del embarazo (...)”, “la información será siempre **completa y objetiva y su entrega en ningún caso podrá estar destinada a influir en la voluntad de la mujer**”, “el prestador de salud **deberá asegurarse** de que la mujer comprende todas las alternativas que tiene el procedimiento de interrupción”, “en el marco de las tres causales reguladas en el inciso primero, **la mujer tendrá derecho a un programa de acompañamiento**”, “en la situación descrita en el número 2) del inciso primero, **el prestador de salud proporcionará los cuidados paliativos que el caso exija**”, “en el caso de que el acompañamiento no sea ofrecido en los términos regulados en este artículo, la mujer podrá recurrir a la instancia de reclamo establecida en el artículo 30 de la ley N.° 20.584”, “si la mujer **presentare un reclamo ante la Superintendencia de Salud, de ser procedente según las reglas generales, ésta deberá resolverlo y podrá recomendar la adopción de medidas correctivas**”, “toda mujer que **hubiere sido discriminada arbitrariamente en el proceso de acompañamiento podrá hacer efectiva la acción de no discriminación arbitraria** contemplada en los artículos 3° y siguientes de la ley N.° 20.609, que establece medidas contra la discriminación”, “en todos los casos anteriores **se respetará el principio de confidencialidad en la relación entre médico y paciente**, adoptándose las medidas necesarias para resguardar su aplicación efectiva”.

Mediante estas disposiciones objetadas en su constitucionalidad, el legislador crea – en referencia a las tres causales ya descritas – un régimen prestacional que significa: Transformar el aborto (no la interrupción del embarazo, lo cual pasa a ser un término eufemístico dado lo descrito) en una prestación de “salud” exigible por la mujer interesada o incluso sus representantes legales según sea el caso, defendible ante los tribunales, que se impone obligatoriamente a los prestadores. Ello sin duda no puede ser considerado una situación excepcional respecto del derecho a la vida o incluso respecto del interés legítimo de proteger al que está por nacer, **sino como un estatuto paralelo que definitivamente deprecia al sujeto en gestación y que admite la disposición de su vida en un modelo permanente, regulado y administrado como las restantes prestaciones de salud.**

Tanta relevancia concede el legislador a este estatuto que:

i.- Lo dota no sólo de las prestaciones mismas, sino que lo fortalece con acciones jurisdiccionales, como la intervención judicial en caso de menores o la posibilidad de accionar mediante la Ley Zamudio (por discriminación arbitraria en el trato recibido por la madre).

ii.- Admite que se acceda a él por representación, lo cual genera una figura bastante extraña, si consideramos que el gran fundamento del proyecto es la autonomía de la mujer. En efecto, podemos entender que la decisión con miras a la intervención ante el riesgo vital de una mujer interdicta pueda ser tomada por su representante, encargado de cuidar y de velar por ella, pero si consideramos precisamente que la mujer interdicta no alcanza grados de competencia que permitan consultar su parecer: **¿cuál es el título o fundamento que permite a su representante decidir su aborto en las causales 2º y 3º? ¿su propia decisión – no la de ella- de no gestar un hijo que va a morir o el hijo engendrado en una violación? Parece ser que la indefensión del que está por nacer en tales causales es aún más extrema: ya no se trata de la libre voluntad de su madre sino de la libre voluntad de un tercero.**

iii.- Por otra parte, este estatuto prestacional que hace especial hincapié en la posibilidad de las niñas menores de 14 años puedan abortar incluso sin autorización de sus representantes legales nos genera una interesante interrogante: Si recordamos que, de acuerdo al artículo 362 del Código Penal, “El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, **aunque no concorra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior**” (es decir, fuerza o intimidación, estar la víctima privada de sentido o enajenada), podemos encontrarnos con que la menor está embarazada por una figura técnicamente considerada como violación, pero que podría haber sido una relación consentida, la que sin embargo se trata para efectos de que aborte como una figura privilegiada, pues se permite que el aborto se practique hasta las 14 semanas.

iv.- Establece un programa de acompañamiento pero sólo en el ámbito de las tres causales y no de la situación general del embarazo en que se presentan dificultades, agregando la posibilidad de reclamo por discriminación arbitraria en esta situación, pero no pudiendo solicitar el mismo acompañamiento en otras.

e.4) La construcción prestacional se refuerza en el artículo 1º números 3 y 4 del proyecto, artículo 3º y artículo transitorio (que introducen un nuevo Artículo 119 ter, un nuevo Artículo 119 *quáter*, reemplazan el artículo 344 del Código Penal por uno nuevo, intercalan una frase en el 13 bis de la ley N° 19.451 y establecen la exigibilidad de las prestaciones consagradas en el proyecto, respectivamente).

Si bien el primer numeral mencionado (que introduce un nuevo Artículo 119 ter en el Código Sanitario) reconoce la objeción de conciencia – con limitaciones – se apresura a recalcar que la “prestación” es más importante y preferente: “el establecimiento **tiene 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**", "el Ministerio de Salud **dictará los protocolos** necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia", "dichos protocolos **deben asegurar la atención médica** de las pacientes que requieren la interrupción de su embarazo", "si el profesional que ha manifestación 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 caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable (...) **quien haya invocado manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo**".

Así, el facultativo y en general, el equipo de salud, no se hallan frente a conductas despenalizadas que les permiten intervenir de acuerdo a su libre decisión, exentos de reprochabilidad, **sino ante prestaciones que representan una serie de obligaciones y que, por cierto, admiten excepciones sólo parciales**. De esta manera, si bien durante la tramitación y votación del proyecto se hizo hincapié en que los parlamentarios votarían sobre este tema en conciencia, la misma libertad de conciencia no se reconoce ampliamente a los facultativos involucrados, **los que adquieren una serie de deberes que no pueden compatibilizarse bajo ninguna circunstancia con el marco constitucional del artículo 19 N° 1 incisos 1° y 2° de la Constitución**.

De este modo, los facultativos médicos (y en general, profesionales de salud) se encuentran en el deber de realizar la interrupción del embarazo (teniendo la objeción de conciencia limitada a parte del equipo médico, y totalmente condicionada a deber realizarla igual si no hay otro médico objetor, situación no imputable al facultativo y que se examinará en lo sucesivo), además, el deber de procurar todo lo relativo a la curación y recuperación de la salud (cuidados paliativos), acompañamiento, derivación, informar sobre su objeción de conciencia, informar a la paciente, entre otras. Se evidencia que la mujer no sólo puede denunciar al médico por estos actos, sino que se encuentra en pie de exigir esta situación.

Por otra parte, si bien el N° 4 (que introduce un nuevo artículo 119 *quáter* en el Código Sanitario) prevé que “queda **estrictamente prohibida la publicidad sobre la oferta** (...) de procedimientos para la práctica de la interrupción del embarazo”, “lo anterior **no obsta al cumplimiento de los deberes de información** por parte del Estado ni a lo dispuesto en el Párrafo 4° del Título II de la ley N.° 20.584” (sobre el derecho a la información), de modo tal que se estima que la prestación aquí establecida, es decir, la habilitación para disponer de una vida humana, no puede ser publicitada – hubo que decirlo expresamente, pues se configura en realidad como una verdadera actividad económica – pero sí hay que brindar información sobre ella pues se la considera en efecto una actividad lícita. Semejante situación sucede respecto del artículo 3°, el cual, si bien prohíbe destinar “... en cualquier momento, con ánimo de lucro o para fines distintos de los autorizados en esta ley, órganos, tejidos o fluidos humanos provenientes de una intervención propia de la interrupción del embarazo”, **lo hace porque de otro modo podría dárseles una amplia utilización, tanto por el hecho de que se trata de una prestación legalizada, como por el hecho que los órganos, tejidos y fluidos referidos pertenecen fundamentalmente a un ser de cuya vida se ha dispuesto y que, como tal, ha perdido protección legal.**

Finalmente, el artículo transitorio considera que “las prestaciones reguladas en esta ley **serán exigibles** a contar de la dictación del decreto (...)”, “el mayor gasto fiscal que irroque la aplicación de esta ley (...) se financiará **con cargo a los recursos que se consulten en la Partida 16 “Ministerio de Salud”** de la ley de Presupuestos respectiva” (todo lo ennegrecido es nuestro), lo cual es propio del financiamiento de un proyecto y de la exigibilidad de prestaciones que en su virtud se decide entregar obligatoriamente.

Toda esta puesta en escena deriva además en que sea el Estado el más obligado: al inicio, por el deber de realizar este tipo de prácticas en sus recintos; además, porque parte de estas intervenciones se harán con cargo al erario público. Pero más manifiestamente se asumen una

serie de obligaciones que toman los órganos públicos, como es el caso de los tribunales de justicia, la Superintendencia de Salud, el Ministerio de Salud, el establecimiento de protocolos para sus funcionarios, la generación de procedimientos administrativos, entre otros. Necesariamente la mujer se encuentra en pie de usuaria beneficiada por tal prestación, pudiendo reclamar ante la ausencia o deficiencia de la intervención, lo que el texto reconoce expresamente.

Como contracara está la mujer, la que pasa a tener el rol de titular de derechos, los que descansan sobre tres pilares fundamentales: el acceso, la oportunidad y la eficiencia. El primero se manifiesta con claridad en el hecho de que siempre se le deberá asegurar la intervención aun cuando pueda existir un objetor de conciencia, puesto que, por ejemplo, se le deberá derivar o practicar derechamente la “interrupción del embarazo”. La oportunidad se asimila a lo anterior, en el sentido de que no puede justificarse la no realización de la cirugía bajo situaciones puntuales. Finalmente, la efectividad, puesto que frente a cualquier ausencia o déficit en la prestación o sus componentes asociados (que como se observa, son varios y variados), la usuaria se encuentra habilitada para reclamar y accionar contra los prestadores o el Estado.

Con todo, estos tres componentes (acceso, oportunidad y efectividad) **son el núcleo de algo más que una despenalización**, más bien son piedra angular y base de un sistema que va al extremo de generar un estatuto de derechos, deberes, prohibiciones y obligaciones, vale decir; una legalización, asegurada a través de una prestación, institución que colisiona directamente con lo establecido por nuestra Carta Fundamental.

e.5) El artículo 2º y la modificación del artículo 344 del Código Penal.

Este artículo es la concreción penal del tema, pues mantiene la norma y pena original, pero evita a la sanción a la mujer que consienta o cause su aborto en las tres causales previstas, en el nuevo texto del artículo 344 del Código Penal que establece: “Artículo 344. La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo./ Si lo hiciere por ocultar su

deshonra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio”.

Sin duda el precepto modificado importa una trasgresión constitucional al derecho a la vida y, particularmente, una actuación legislativa contraria al mandato constitucional de proteger la vida del que está por nacer.

Con todo, resulta interesante discutir aquí un argumento también planteado durante la tramitación del proyecto: sería una exigencia desproporcionada para la mujer, sus derechos y su dignidad, forzarla a cursar un embarazo con riesgo de su vida, con una criatura inviable o producto de una violación. Por ello, el ordenamiento jurídico retrocedería por no ser legítimo imponer a nadie una carga de esa entidad.

No es posible negar que las situaciones descritas y que configuran las causales de admisión del aborto en este proyecto tienen relevancia e importan una importante carga para la mujer gestante, particularmente cuando no existen demasiados medios de apoyo para ofrecerle alternativas - de hecho, el plan de acompañamiento, para ser efectivamente disuasivo y brindar una real alternativa a la madre, debió plantearse con independencia de la legalización de ciertos tipos de aborto y resultó ser más bien un resultado transaccional -, tanto de tipo físico, como psicológico y emocional.

No se trata aquí de considerar – por el contrario de lo legislado – que los derechos del hijo son superiores a los de la madre o que el Estado se adjudica la facultad de forzarla al martirio, **sino de examinar si constitucionalmente es admisible que situaciones de esta naturaleza se transformen en razones válidas para disponer de una vida humana, no sólo trasgrediendo el estatuto existente sino transformando el marco constitucional y legal de protección de ésta.**

Si se analizara desde la pura perspectiva del entorno y no del paciente lo que significa

vivir la enfermedad y/o muerte de un hijo, la desesperación y el abandono, la cruda realidad del abuso sexual y de la violación, podrían surgir numerosas instancias de validación emocional de medidas tan drásticas como el aborto. Sin embargo, lo singular de esta medida es que se trata de la destrucción de la vida de un “otro”, no de la decisión que cada mujer toma sobre su propio cuerpo y su vida. Es cierto que durante el embarazo, ambas vidas se encuentran entrelazadas por una relación de dependencia, pero ello no significa que pueda mirarse a una de ellas como superflua, indigna de protección o inferior porque se encuentra en una determinada causal de prescindencia, mientras que vidas en equivalentes condiciones tendrían el privilegio de seguir gestándose. **Por esa razón, a nuestro juicio, el deber del legislador no es el descarte o la prescindencia de una vida y de unos intereses u otros sino su necesaria armonización mientras esa relación de dependencia insuperable se mantiene.**

B. Todos los artículos impugnados contravienen lo dispuesto en el artículo 1º inciso 4º, el artículo 5º inciso 2º, el artículo 6º inciso 2º y el artículo 19 N° 26 de la Constitución.

Como ya se ha dicho en el epígrafe anterior, la totalidad de los artículos impugnados comparten la orientación de permitir el aborto en tres causales, construir a su respecto una prestación de “salud” exigible por la interesada y susceptible de ser impuesta a los diversos servicios de salud y crear un estatuto diferente del existente respecto del embrión humano, depreciado e inferior del estatuto de los ya nacidos.

Tales grandes objetivos que, en conjunto, se desarrollan y modulan en los preceptos objetados, importan una grave trasgresión a la protección constitucional de la vida humana y, en particular, al mandato constitucional del legislador respecto de la vida del que está por nacer, pero también vulneran gravemente otros preceptos constitucionales profundamente vinculados con los anteriores:

a) Vulneración del artículo 1º inciso 4º.

La norma consagra la llamada “servicialidad del Estado”: el Estado está al servicio de la persona humana⁶⁵ y su finalidad es promover el bien común. Este precepto, de un rico contenido, determina que el Estado es un instrumento que sirve al hombre, lo cual consagra la anterioridad y superioridad de la persona humana respecto del Estado, porque es ella quien lo produce. Dicha producción se inspira en la posibilidad que brinda el Estado de satisfacer necesidades complejas que no pueden ser alcanzadas por estructuras sociales más pequeñas y simples como las familias y los cuerpos intermedios.

Para nuestra Constitución, el fin y razón de ser del Estado es la persona humana, que posee derechos y deberes anteriores e independientes de la acción del Estado, el cual deberá reconocerlos, tutelarlos y promoverlos, pero no menoscabarlos ni disminuirlos⁶⁶.

Si bien por su naturaleza misma el hombre está destinado a vivir en sociedad⁶⁷, ello no significa que haya sido hecho para la sociedad, sino por el contrario la sociedad existe para la perfección del hombre, de todos y cada uno de sus miembros que la componen, puesto que son personas⁶⁸. A la vez, este servicio no es sólo al sujeto individual sino al colectivo, lo cual importa la proyección hacia el bien común: “El Estado debe servir al hombre en dos planos esenciales: Primero, el Estado, como creación del hombre para su servicio, en su concepto, está destinado a cautelar, respecto de aquél, dos valores fundamentales que los constituyen, su dignidad esencial y sus libertades; y en el segundo, la acción del Estado no juega tanto con relación al hombre –

⁶⁵ Demás está decir que la mirada de esta norma no es compatible ni admite la posibilidad de hacer distinciones entre seres humanos “personas” y “no personas”, lo cual inmediatamente se evidencia como una discriminación incompatible con el servicio que ha de dar el Estado a todos quienes sean humanos.

⁶⁶ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía (1995): “La servicialidad del Estado: sus fundamentos constitucionales” en *Revista de Derecho Público* N° 57/59 p. 77.

⁶⁷ “La persona exige por naturaleza, en virtud de su dignidad así como de sus necesidades, ser miembro de una sociedad.” MARITAIN, Jacques: *La persona y el bien común* (Buenos Aires, Club de Lectores, 1968), p. 53.

⁶⁸ SOTO KLOSS, Eduardo: *I Derecho Administrativo. Bases fundamentales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, 1ª edición), p. 131.

individuo sino que, más bien, al medio social”⁶⁹.

Esta finalidad ha sido también recogida por el Tribunal Constitucional cuando ha dicho que “que el artículo 1º de la Carta Fundamental es de un profundo y rico contenido doctrinario, que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional” (STC N.º 19, c. 9). En ese sentido, y sobre el bien común, este excelentísimo Tribunal ha dicho que “En relación al artículo primero de la Carta Fundamental que establece uno de los pilares de nuestro ordenamiento constitucional estructurado sobre la base de ciertos valores esenciales entre los cuales se destaca el que los derechos de las personas son anteriores y superiores al Estado y por ello se encuentra incluido dentro del Capítulo I que denomina “Bases de la Institucionalidad”. En efecto, el inciso cuarto de la referida disposición establece el principio que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución reconoce y asegura a las personas. Es decir, la Constitución está señalando al legislador que su labor fundamental debe realizarla desde la perspectiva que los derechos de las personas están antes que los derechos del Estado y que éste debe respetar y promover los derechos esenciales garantizados por ella conforme al inciso segundo del artículo quinto, y en consecuencia toda legislación que se aparte o ponga en peligro el goce efectivo de las libertades y derechos que la propia Carta Fundamental reconoce y asegura, adolece de vicios que la anulan al tenor de sus artículos sexto y séptimo” (STC 198, c. 10).

Este deber, el cual, como se ha explicado, es parte de las Bases de la Institucionalidad y, como tal, representa no sólo un principio fundante de la Constitución sino una poderosa herramienta interpretativa de ésta, sin duda se deja de lado primero y luego se transgrede decididamente en las normas objetadas del proyecto de ley que nos ocupa. **Dichas normas optan por la exclusión de ciertas personas humanas del servicio y protección que ha de**

⁶⁹ Idem, sesión n.º 38, p. 11.

darles el Estado, menosprecian sus derechos e intereses y propone un decidido modelo al servicio de algunas personas pero no del bien común y que, por cierto, no se compadece del servicio que debe dar también el Estado a quienes están sometidos a la mayor vulnerabilidad.

b) Vulneración del artículo 5° inciso 2°.

Esta norma, relativa a la soberanía del Estado y sus límites, señale como tales “a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Esta idea se debe relacionar con la servicialidad del Estado respecto de la persona humana y constituye el freno a un poder que podría, de otro modo, transformarse en absoluto.

Se entiende por derechos que emanan de la naturaleza humana, aquéllos inherentes a la persona, no creados por el ordenamiento jurídico sino susceptibles de ser reconocidos por éste para dar a su respeto mayor certeza y seguridad⁷⁰, que permiten a su titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos. Si tenemos presente que todo derecho que emana de la naturaleza humana es esencial, frente a la redacción antedicha hay dos posibilidades: que esté de más la palabra “esenciales” o que el Constituyente hubiera considerado, erróneamente por cierto, que hay derechos “no esenciales” que emanan de la naturaleza humana. En actas se lee al respecto: “No es necesario decir “fundamentales”, porque se refiere a todos los derechos que arrancan de la naturaleza humana; y no sólo a algunos. (...) porque si no se podría decir que un derecho emana

⁷⁰ A juicio de la Corte de Apelaciones de Santiago, no sólo aquéllos reconocidos por la Constitución, pues los derechos humanos preexisten a ésta: “(...) en materia de derechos humanos, y de acuerdo al artículo 5° inciso 2° de la Constitución, existen derechos constitucionalmente implícitos que son aquellos que no se encuentran expresamente mencionados en el texto constitucional, pero que son derechos esenciales, entre los cuales pueden citarse el derecho a la personalidad jurídica, el derecho al nombre, el derecho a constituir una familia, que si bien no son Constitución en sentido formal sí lo son en el sentido material, ya que tales derechos, de acuerdo a la norma constitucional nombrada, constituyen un límite a la soberanía, por tanto, al poder constituyente derivado y a los poderes constituidos o institutivos”: Considerando 10° letra F de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago (5° Sala) el día 26 de septiembre de 1994, rol n° 13.597 - 94, p.12. Redactado por el Abogado Integrante Señor Humberto Nogueira Alcalá.

de la naturaleza humana, pero que no es fundamental⁷¹.

En la reforma constitucional del año 1989 estas discusiones se zanjaron, considerando que son derechos esenciales o indispensables, los que aparecen consagrados en el artículo 19 de la Constitución Política, como también son tales derechos los consignados en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes⁷².

Por tal razón, si reconocemos que dentro de dichos derechos esenciales sin duda se halla la vida, la integridad, la libertad de conciencia, no es difícil concluir que la vulneración evidente que las normas impugnadas hacen de aquellas garantías violenta el artículo 5° inciso 2°, el cual además establece que los órganos del Estado no sólo han de abstenerse de invadir la esfera de tales derechos, **sino que habrán de respetarlos y promoverlos**, incentivar su mejoría en cuanto a su contenido y cantidad; no debe caer en una actitud pasiva o de omisión, sino que debe asumir una actitud positiva, constructiva o dinámica, lo cual se debe relacionar con el inciso quinto del artículo 1°.

Si bien se podrá decir que un proyecto de ley de aborto en tres causales es un modo de promocionar los derechos de la mujer, no debe olvidarse que los órganos del Estado **no pueden elegir la promoción y respeto de algunos derechos en lugar de otros, ni tampoco pueden efectuar sesgos o cortes respecto de las facultades esenciales que emanan de la naturaleza humana y que, como tales, no han sido concedidas sino que forman parte del patrimonio del ser humano por ser tal, desde una perspectiva universalmente aceptada. Adicionalmente, debemos recordar que la naturaleza humana se manifiesta desde la concepción y no en etapas posteriores, por lo cual la pretensión de considerar que los derechos asociados a ella (sobre todo la vida) penden de circunstancias tales como el**

⁷¹ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión n° 49, p. 19.

⁷² En esta presentación se trata en un capítulo separado la relación de varios tratados internacionales de Derechos Humanos con las normas impugnadas del proyecto.

nacimiento o grados desarrollo no se corresponde a ningún criterio racional sino que representa una excusa para disponer de la vida humana antes de ese corte artificial de la realidad.

c) Vulneración del artículo 6° inciso 2°.

Este precepto, que se encuentra dentro de las normas de supremacía constitucional de la Carta Fundamental y su sentido es que se establece la obligatoriedad de los preceptos constitucionales, tanto en lo referido a los titulares e integrantes de los órganos del Estado, como a toda persona, institución o grupo; por ello, no sólo el sistema político está enmarcado en ella, sino también el sistema social nacional.

Este Excmo. Tribunal El Tribunal Constitucional así lo ha reconocido, señalando que este artículo establece un principio vital, “el de vinculación directa de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo, por ende, tales preceptos obligatorios, tanto para gobernantes como para los gobernados” (STC ROL 19/83).

“En este artículo, al usar la voz “preceptos”, el Constituyente no sólo se refiere a las normas positivas de la Carta Fundamental, sino que también a los principios, o sea, a los enunciados generales que no están establecidos como normas. En el sentido de la Dogmática Jurídica o ciencia del derecho positivo, la Constitución toda, en su completa e integral concepción, es un sistema armónico de principios y normas, siendo más importantes los principios, porque tienen una aplicación mayor y de más larga duración. Por ejemplo, son principios la justicia, la seguridad, la igualdad, la libertad y el bien común. De este modo, el vocablo precepto, aludido en la Constitución, abarca tanto principios como normas jurídicas”.

En tal perspectiva, un proyecto de ley cuyas disposiciones claramente indiquen que uno

de los poderes del Estado ha decidido cursar facultades y establecer herramientas o prestaciones ya sea muy alejadas e incluso contrarias al marco previsto por la Constitución, como ya sobradamente se ha explicado, representa una clara vulneración a este precepto, que también forma parte de las Bases de la Institucionalidad y que sin duda ilustra y guía la interpretación del texto constitucional.

El sistema establecido, en su conjunto, por las disposiciones objetadas, importa un giro radical hacia un modelo que difiere sustancialmente del constitucionalmente establecido, buscando crear un paralelo a lo dispuesto por la Carta Fundamental, en claro perjuicio del orden constitucional y de los derechos e intereses legítimamente protegidos respecto del sujeto en gestación.

d) Vulneración del artículo 19 N° 26.

Conforme a la jurisprudencia de este Excmo. Tribunal Constitucional, “un derecho es afectado en su ‘esencia’ cuando se le priva de aquello que le es consustancial **de manera tal que deja de ser reconocible**”. (STC 43, c. 21. En el mismo sentido STC 200, c. 4; STC 280, c. 13; STC 280, c. 29) (el ennegrecido es nuestro).

Según lo ya explicado, el que está por nacer tiene la calidad de persona porque es un individuo de la especie humana. Por lo mismo, goza de los derechos fundamentales del Capítulo III de la Constitución. Es evidente que, dentro de esos derechos, el primero y más importante es el derecho a la vida. Como lo ha sostenido este Excmo. Tribunal, el derecho a la vida “es, sin duda alguna, el derecho fundante de todos los demás, pues sin vida, difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales” (STC 740, c. 55).

El núcleo esencial del derecho a la vida consiste, valga la redundancia, en vivir. La vida, entendida como el existir, tiene un carácter binario: se está vivo, o no se está en lo absoluto. Es

por lo mismo que el derecho a la vida consiste, primero y lógicamente, en que se resguarde a la persona de todo atentado contra su vida de manera injustificada, lo que es igual que evitar todo atentado contra ella misma (el *objeto* del derecho a la vida se confunde con el *sujeto* del derecho a la vida). Este es, de hecho, el mandato que categóricamente impone la Constitución en el inciso primero del artículo 19: se debe *asegurar* a todas las personas el *derecho a la vida*.

La acción que, en consecuencia, está prohibida con el fin de asegurar eficazmente el derecho a la vida, es aquella que tiene por objeto terminar de manera directa y deliberada con la vida de una persona inocente. Es precisamente esta acción la que vulnera el derecho a la vida en su esencia, porque pone fin al vivir (que es, como dijimos, el núcleo esencial del derecho a la vida).

La llamada interrupción voluntaria del embarazo que este proyecto reconoce como si fuera una prestación de “salud”, se refiere, en efecto, a aquella conducta que tiene por objeto terminar con la vida del que está por nacer de manera directa y deliberada (que es la acción que la iniciativa busca dejar de prohibir y, adicionalmente, reconocer su realización como derecho a través de la modificación del artículo 344 del Código Penal, además del 119 del Código Sanitario). Por lo tanto, es ineludible concluir que afecta en forma directa el núcleo fundamental del derecho a la vida que la Constitución mandata asegurar, generando desprotección total de la vida en los tres supuestos.

Es evidente, entonces, que, si la mujer consiente en interrumpir su embarazo en alguno de los tres supuestos descritos, el derecho a la vida del que está por nacer, desaparece por completo y es irreconocible, al exterminar a su titular, afectándose en consecuencia el derecho en su esencia, pues como ya vimos, esa esencia consiste en la subsistencia del ser.

C. El Artículo 1º números 1, 2 y 3, en las disposiciones que se indica, vulnera lo dispuesto en el artículo 19 N° 2 de la Constitución.

El concepto de igualdad ante la ley se traduce en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad. (STC 784, c. 19) (En el mismo sentido STC 1254, c. 46, STC 1399, c. 12, STC 1732, c. 49, STC 1812, c. 26, STC 1951, c. 15, STC 1988, c. 64, STC 2014, c. 9, STC 2259, c. 27, STC 2386, c. 13, STC 2438, c. 28, STC 2489, c. 18).

Ello importa, como lógica consecuencia, que la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos. (STC 784, c. 19) (En el mismo sentido STC 1138, c. 24, STC 1140, c. 19, STC 1340, c. 30, STC 1365, c. 29).

En esta perspectiva, la jurisprudencia de este Excmo. Tribunal y, por cierto, la jurisprudencia constitucional comparada ha considerado a la razonabilidad como cartabón o estándar para calificar una infracción al derecho de igualdad ante la ley. Para efectos de dilucidar si se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, para luego examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Constitución. **Así, debe analizarse si tal diferencia carece de un fundamento razonable que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador.**

De este modo, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador. Ahora bien, **no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable, sino que además debe ser objetiva.** Si bien el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que quede completamente entregado el establecimiento al libre arbitrio del legislador. **Así, para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada.** (STC 1133, c. 17) (En el mismo sentido STC 1217, c. 3, STC 1399, cc. 13 a 15, STC 1988, cc. 65 a 67). A este examen de racionalidad de la distinción, debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas reguladas por la ley, su finalidad y los derechos del afectado que debe estar en condiciones de tolerar tal afectación. (STC 784, c. 20) (En el mismo sentido STC 1170, cc. 13 y 15, STC 1448, c. 37, STC 1584, c. 19, STC 2365, c. 36, STC 2437, c. 35).

a) Acerca de cómo estas consideraciones se vulneran en las disposiciones referidas del proyecto de ley boletín 9895-11.

a.1) Artículo 1° N.° 1 del proyecto de ley, en el inciso primero del nuevo artículo 119 del Código Sanitario respecto de la causal número 1.

El proyecto establece que, *mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando: 1° la mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.*

La Constitución es clara en mandar al legislador a proteger la vida del que está por nacer. En ese sentido, hay que analizar si la causal N.º 1 del nuevo artículo 119 del Código Sanitario se está cometiendo una arbitrariedad al permitir que se exceptúe de la protección legal al nasciturus si es que la mujer se encuentra en riesgo vital de manera que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida. El proyecto de ley no distingue cómo ha de efectuarse la intervención para hacer efectiva la correcta aplicación de la causal de manera que existen dos posibilidades: que se intente salvar la vida de la madre y cuya consecuencia inevitable fuere la muerte del ser que está por nacer o, de otra manera, que se actué directamente sobre el producto de la concepción matando directamente al que está por nacer. De permitirse por parte del legislador este segundo caso, se produciría una discriminación flagrante desde el punto de vista de la finalidad que debe perseguir el legislador para cumplir con el mandato de protección del constituyente.

En ese sentido, cuando la ley no distingue y permite que en determinadas hipótesis pudiese actuarse directamente en contra del feto para producir su muerte, introduce una variable que tiene como resultado una diferencia arbitraria que trasunta en una falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que debe tener en vista el legislador por mandato del constituyente, el cual no es sino proteger al que está por nacer.

Así, de acuerdo a la jurisprudencia de este Excmo. Tribunal, puede darse el caso de un resultado arbitrario por la forma en que el legislador determinó la causal.

a.2) Artículo 1º N.º 1 del proyecto de ley, en el inciso primero del nuevo artículo 119 del Código Sanitario respecto de la causal número 2.

El proyecto a su vez establece que, *mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando:* 2º *El embrión*

o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.

En este caso, también se produce una discriminación arbitraria en la norma. En primer lugar, porque la garantía constitucional en virtud del cual la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, y el mandato al legislador de proteger la vida del que está por nacer, no habilita al legislador a introducir categorías de personas en virtud de las cuales este deber de protección sea más atenuado o derechamente inexistente. Teniendo en cuenta que de acuerdo este Excmo. Tribunal la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares (STC ROL 28/85), la situación en que dentro del vientre materno se encuentre una persona con una enfermedad –aunque sea letal- no es una justificación proporcionada para distinguir entre aquellos que serían susceptibles de la protección de la vida y los que no a la luz del mandato constitucional. Teniendo en cuenta que uno de los criterios para establecer si existe arbitrariedad es la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, finalidad que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, esta causal lo que hace derechamente es introducir la noción que hay personas “dignas de protección” y otras “indignas de protección”, lo que en este caso afecta la esencia misma el derecho pues no puede haber protección parcial del que está por nacer.

En segundo lugar, esta causal derechamente ignora la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo, el cual fue introducido en nuestra legislación a través del Decreto 201 de 17 de septiembre de 2008 por lo que se entiende como límite a la soberanía en virtud del artículo 5° de nuestra carta fundamental. En dicho texto, específicamente en el artículo 2°, se establece que en la Convención "discriminación por motivos de discapacidad" se entenderá *"cualquier distinción, exclusión o restricción*

por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”; mientras que por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

En este sentido, es importante recordar que el artículo 10° de dicha Convención se establece que “los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”. A su turno, el artículo 4° del mismo instrumento, establece que “los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad”.

A mayor abundamiento, la Convención de los Derechos del niño, promulgada e incorporada a nuestro derecho a través del decreto 830 del 27 de septiembre de 1990, en el número 10° de su preámbulo establece que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

Finalmente, la causal tiene un problema de diseño jurídico que hace que el resultado sea adicionalmente arbitrario: la omisión sobre quién determina si la patología se encuentra configurada en la causal. En efecto, el legislador sanitario ha procurado regular la relación entre prestaciones y patologías de manera precisa en instrumentos normativos propios de la potestad reglamentaria. Dos ejemplos: la ley N° 19.966 (sobre las Garantías GES), establece el marco general de protección y ejecución de las garantías explícitas, pero deja a un decreto la enumeración de las mismas luego de un entramado legislativo complejo y tecnificado. Lo mismo

ocurre con la ley N° 20.850 (ley Ricarte Soto), que define lo que es un “tratamiento de alto costo” pero deja encargado a un decreto las patologías concretas a cubrir luego también de un complejo entramado legislativo altamente tecnificado. Estas dos leyes establecen normas que permiten introducir elementos científicos para hacerlas eficaces y no arbitrarias, en relación a la determinación de patologías.

En cambio, en las disposiciones del proyecto de ley boletín 9895-11 no existe nada parecido. En la discusión legislativa en ambas comisiones de salud algunos médicos confrontaron posiciones sobre la letalidad y la posible sobrevida variable de una serie de patologías. En este sentido, la norma deja plenamente al criterio de dos médicos especialistas, sin que siquiera sea necesario fundamentar dicha decisión, la situación de verse enfrentados a una patología de carácter letal y que sea incompatible con la vida extra uterina. Esto genera una evidente desprotección y una eventual discriminación insalvable entre la consideración de determinadas patologías.

a.3) Artículo 1° N.º 1 del proyecto de ley, en el inciso primero del nuevo artículo 119 del Código Sanitario respecto de la causal número 3

Esta disposición discrimina en virtud de las circunstancias en que fue concebido el nasciturus, lo que introduce una distinción que es derechamente arbitraria en virtud de la finalidad que debe perseguir el legislador al proteger la vida del que está por nacer. No se efectúan ponderaciones de ningún tipo, por lo que se omite derechamente el mandato de protección. Desde este punto de vista, no es racional, ni proporcionado, ni cumple con la finalidad del mandato constitucional, el eliminar una vida por la situación externa que se traduce en las condiciones poco favorables en las cuales se produjo la concepción.

Aun cuando se considerara que la violación constituyera una situación habilitante para privar de la esencia del derecho a la vida –cosa que en la especie no lo es-, lo anterior es

especialmente grave si se considera que en este caso ni siquiera se requiere una sentencia ejecutoriada en el contexto de un proceso racional y justo. De acuerdo al diseño de la norma operativa que consta en el número 2) del nuevo artículo 119 bis, *“un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, confirmará la ocurrencia de los hechos que la constituyen y la edad gestacional”*, y no un tribunal de justicia.

Además, la situación es especialmente irracional, pues en vez de proteger a la otra víctima de la violación, que es el hijo concebido como consecuencia de ella, el proyecto en las disposiciones objetadas opta por retirarle toda protección y dejarlo en condición que su vida sea disponible.

a.4) Artículo 1º N° 1 del proyecto en relación a la distinción arbitraria respecto de la edad gestacional en relación a las tres causales establecidas.

Una cuarta diferencia que no parece tener fundamento racional, es la que dice relación con la introducción de una cantidad de semanas de gestación para poder habilitar la causal sólo respecto de la violación y no en las otras causales. Sin bien parece sensato que el legislador no introduzca un número de semanas en la primera causal, no se aprecia cuál es el fundamento racional para que en la causal dos no exista ninguna edad gestacional, pudiendo interrumpir el embarazo en la semana 37 o 39 o mucho antes, ni tampoco para hacer una distinción la cantidad de semanas explícitamente en la causal de violación tanto para disponer que en el caso de la menor de 18 y mayor de 14 años se podrá interrumpir hasta las 12 semanas, como en el caso de las menores de 14 años que se puede hacer hasta las 14 semanas.

De ese modo, se incurre primero en la arbitrariedad de fijar 12 semanas para las mayores de 14 años y, luego, se incurre en una segunda arbitrariedad al establecer la diferenciación entre 12 y 14 semanas para las menores de esa edad.

Teniendo en cuenta que la igualdad en la ley debe apreciarse en especial respecto de aquellas personas que se encuentran en una categoría similar, la circunstancia de la edad gestacional en la causal 2) y 3) debiera estar en ambas causales o derechamente en ninguna.

a.5) Artículo 1º N° 2 del proyecto de ley en relación a las diferencias arbitrarias sobre los requisitos para la aplicación de las causales desde el punto de vista de las exigencias de la intervención de médicos especialistas y el número de ellos establecidos en el nuevo artículo 119 bis del Código Sanitario.

Las tres causales imponen requisitos distintos desde el punto de vista de la certificación de la circunstancia que da origen a cada causal. Si el proyecto se encuentra regulado en el Código Sanitario –lo que implica reconocer un estatus de regulación concordante con un bien de salud pública que se busca tutelar-, no se aprecia la justificación racional para que en el caso de la primera causal sólo se exija constar con “el respectivo diagnóstico médico” y en el caso de la segunda se requieran “dos diagnósticos médicos en igual sentido por médicos especialistas”.

Si se asume la circunstancia que se busca regular la interrupción del embarazo en el contexto de “patologías” (en el caso de la primera causal, que afecte la vida de la madre o, en el caso de la segunda que haga inviable la vida extrauterina), no parece razonable, ni proporcional, ni menos objetivo que para una causal se exijan médicos especialistas y para otra causal no. A mayor abundamiento, menos parece ser razonable, proporcional, ni objetivo, que para la inviabilidad fetal se requiera de dos diagnósticos médicos “en igual sentido” y en la causal de riesgo de la vida la madre, se requiera sólo un diagnóstico.

Pareciera que el legislador, para establecer la procedencia del mismo acto -interrumpir el embarazo- prefiere mayor certeza clínica (y, por ende, jurídica) en sólo una de las causales, lo que transforma esta diferencia en carente de justificación.

Otra distinción derechamente arbitraria y falta de razonabilidad, es que en el caso de la tercera causal ni siquiera se exige legalmente la concurrencia de un médico. La norma le entrega la competencia para determinar la causal y la edad gestacional a un “equipo de salud especialmente conformado a estos efectos”. En este sentido, la amplitud del diseño de la norma no obliga a que la circunstancia de la violación deba ser confirmada por un médico, sino que podría dejarse al criterio de un equipo profesionales de la salud que no incluyan ni médicos, ni menos médicos especialistas. **Esta distinción no tiene justificación razonable ni objetiva.**

a.6) Artículo 1° N.° 1 en relación al inciso 4° del nuevo artículo 119 del Código Sanitario en relación a la autorización del representante legal para el caso de la menor de 14 años.

El inciso 4° del nuevo artículo 119 del código sanitario establece que “tratándose de una niña menor de 14 años, además de su voluntad, la interrupción del embarazo deberá contar con la autorización de su representante legal, o de uno de ellos, a elección de la niña, si tuviere más de uno. A falta de autorización, entendiéndose por tal la negación del representante legal, o si éste no es habido, la niña, asistida por un integrante del equipo de salud podrá solicitar la intervención del juez para que constate la ocurrencia de la causal. El tribunal resolverá la solicitud de interrupción del embarazo sin forma de juicio y verbalmente, a más tardar dentro de las 48 horas siguientes a la presentación de la solicitud, con los antecedentes que le proporcione el equipo de salud, oyendo a la niña y al representante legal que haya denegado la autorización. Si lo estimare procedente, podrá también oír a un integrante del equipo de salud que la asista”.

En este caso, el proyecto establece que, tratándose de una niña menor de 14 años, además de su voluntad, la interrupción del embarazo deberá contar con la autorización de su representante legal, o de uno de ellos, a elección de la niña, si tuviere más de uno. En este caso, y teniendo en cuenta la prohibición que tiene el legislador de establecer diferencias arbitrarias, no se ve fundamento alguno por el cual no se requiera la autorización de los dos padres si es que tuviese.

El diseño de la norma, por tanto, no distingue la situación en que sólo existiere un representante legal o el caso que existan ambos representantes legales pero uno no fuere habido por la razón jurídica o fáctica que sea. La norma derechamente requiere que la menor elija a uno de ellos sin que exista fundamentación racional para ello pues ambos padres concurren de manera corresponsable a la tutela y educación de los hijos.

En el mismo sentido para hacer operativa la autorización sustitutiva, el tribunal sólo debe oír al representante legal que denegó la autorización, y no a ambos si tuviere más de un representante legal. En este sentido, el legislador establece una diferencia arbitraria ante una igualdad esencial, esto es, el concurso de ambos representantes legales para el cuidado de los hijos.

a.7) Artículo 1° N.° 1 en relación al inciso 6° del nuevo artículo 119 del Código Sanitario respecto de la autorización sustitutiva del representante legal para el caso de la menor de 14 años.

El inciso 6° del nuevo artículo 119 del Código Sanitario, establece que la autorización judicial sustitutiva regulada en los incisos anteriores será solicitada al juez con competencia en materia de familia del lugar donde se encuentre la menor de 14 años o la mujer judicialmente declarada interdicta por causa de demencia. El procedimiento será reservado y no será admitida oposición alguna de terceros distintos al representante legal que hubiere denegado la autorización. La resolución que deniegue la autorización será apelable y se tramitará según lo establecido en el inciso quinto del artículo 69 del Código Orgánico de Tribunales.

Esta norma adolece de una inconstitucionalidad similar a la norma del inciso 4° en cuanto establece una diferencia que no tiene fundamento racional en el caso en que existan dos representantes legales respecto a la oposición en sede judicial del representante legal de la menor de 14 años que hubiese denegado la autorización. Al igual que el caso anterior, no existe en la

construcción de la norma una situación que justifique la presencia de sólo un representante legal (como podría ser el caso en que el otro representante no fuere habido u otra similar). En este sentido, el legislador establece una diferencia arbitraria ante una igualdad esencial, esto es, el concurso de ambos representantes legales para el cuidado de los hijos.

a.8) Artículo 1° N.° 1 en relación al inciso 7° del nuevo artículo 119 del código sanitario respecto al deber de información al representante legal para el caso de la menor de 18 y mayor de 14 años.

El inciso 7° del nuevo artículo 119 del código sanitario establece que *la voluntad de interrumpir el embarazo manifestada por una adolescente de 14 años y menor de 18 deberá ser informada a su representante legal. Si la adolescente tuviere más de uno, sólo se informará al que ella señale.*

En este sentido, el legislador discrimina respecto al requisito de procedencia de la interrupción del embarazo para menores de edad. En el caso de la menor de 14 años, se establece un régimen de autorización legal (aunque igualmente discriminatorio pues sólo es necesario el de uno de los representantes) mientras que en el caso de una adolescente mayor de 14 y menor de 18 años, sólo se exige un régimen de **información**. Así, y ante el tratamiento de situaciones similares, que son los menores de edad sujetos al mismo régimen de patria potestad, el tratamiento en el caso de las adolescentes es de información, mientras que en el caso de las menores de 14 años es de autorización. No parece razonable ni objetiva esta distinción.

Por otro lado, la norma al igual que en el inciso 4° y el inciso 6°, discrimina a uno de los representantes legales pues, en el caso en que existan dos representantes legales y ambos pudieren ser habidos, es la menor la que elige a quién debe entregársele la información lo que atenta contra los deberes de corresponsabilidad habida cuenta de la igualdad jurídica esencial que puede llegar a existir entre los representantes legales.

a.9) Artículo 1° N.º 1 en relación al inciso 13° del nuevo artículo 119 del código sanitario en relación a la forma en que las entidades privadas concurren al programa de acompañamiento.

Los incisos 10° al 14° del nuevo artículo 119 establecen las medidas de información, no discriminación y un programa de acompañamiento. Si bien es cierto, de acuerdo a la segunda parte del inciso 13° del nuevo artículo 119 *la madre podrá siempre solicitar que el acompañamiento a que tiene derecho le sea otorgado por instituciones u organizaciones de la sociedad civil, las que deberán estar acreditadas mediante decreto supremo dictado por el Ministerio de Salud, todo ello conforme a un reglamento dictado al efecto*, la primera parte de dicho artículo es claro en señalar que *se establecerán los criterios para la confección de un listado de instituciones sin fines de lucro que ofrezcan apoyo adicional al programa de acompañamiento*. En este sentido, es claro que la intención del legislador es que el programa de acompañamiento efectuado por las instituciones sin fines de lucro sea accesorio al diseñado por el Estado pues emplea la palabra “adicional”.

La Constitución establece en el número 9) del artículo 19° que “Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley”. No hay razón para que el Estado no permita la participación de particulares en igualdad de condiciones tal como lo establece el artículo 1° inciso final de la Constitución. Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Así, no parece razonable la distinción que para una multiplicidad de necesidades sanitarias que son atendidas por entidades reguladas en igualdad de condiciones respecto de los prestadores estatales, en el caso de esta norma se prefiera un tratamiento distinto.

a.10) Artículo 1° N.º 3 en relación al nuevo artículo 119 ter que regula la objeción

de conciencia.

La primera parte del artículo 119 ter nuevo del Código Sanitario introducido en el proyecto, establece que *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 profesional al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención.*

Esta es una norma que establece una aplicación restrictiva de la objeción de conciencia pues sólo permite ser invocada por el personal profesional que desarrolla funciones al interior del pabellón quirúrgico y sólo durante la intervención. En ese sentido, esta norma introduce una distinción sin fundamento razonable ni objetividad respecto de la finalidad que persigue, lo cual la transforma en arbitraria: permitir la objeción de conciencia sólo respecto de quienes concurren al acto final de interrupción del embarazo y no respecto a quienes lo hacen en los actos preparatorios, y sólo respecto al pabellón donde se realiza la intervención. Una segunda arbitrariedad consiste en que aquel personal de salud no profesional tiene prohibido invocar la objeción de conciencia cuando también concurren al acto médico. La objeción de conciencia, la cual se obtiene por la aplicación de la garantía del artículo 19 N.º 6 de la Constitución, es una prerrogativa que se le concede a todas las personas, y no sólo a aquellas que tengan el estatuto de “profesional”.

La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias. En ese sentido, una igualdad esencial se aplica a personas, grupos de personas o situaciones que son comparables. En este caso, cuando hablamos de todo el personal que asiste tanto a los actos preparatorios, como al acto médico de interrupción y a los actos posteriores de cuidado, claramente estamos frente a situaciones perfectamente comparables desde el punto de vista de quienes concurren a dichos

actos. Debe considerarse arbitrario y, por ende, inconstitucional, tratar desigualmente a las igualdades esenciales, en este caso la posibilidad que sólo algunos puedan objetar en conciencia el llevar adelante la interrupción el embarazo.

D. El Artículo 1º N° 3 (que introduce un nuevo artículo 119 ter en el Código Sanitario) contraviene lo dispuesto en el artículo 19 N° 6 inciso 1º de la Constitución.

a) Libertad de conciencia y objeción de conciencia.

La conciencia es el aspecto más íntimo del pensar humano. Se refiere a la capacidad de cada persona de formar sus ideas, hacer sus propios juicios, calificar su conducta o la de otros y de establecer parámetros morales internos. La conciencia implica la formación personal de valores, pertenece a la intimidad de la persona y no corresponde a un ámbito regulable por el Derecho; por ello, a éste sólo le corresponde proteger la conciencia y asegurar que sea libre, incluso de la influencia del propio Estado⁷³.

La libertad de conciencia fue transformándose paulatinamente, de ser una invocación de autores y pensadores, a una consideración colectiva, que se la estima un derecho merecedor de ser incluido en las normas constitucionales de protección. En tal sentido, tal derecho puede ser entendido al menos, en tres sentidos diferentes: en su perspectiva estática vinculada al fuero interno del sujeto; en una perspectiva proyectiva relacionada con directrices de conducta que el titular puede construir a partir de dichas ideas; y en una perspectiva que entiende dos dimensiones fundamentales de la conciencia: la conciencia psicológica y la conciencia moral⁷⁴.

“Así, desde la primera perspectiva referida, podemos entender a la libertad de conciencia

⁷³ “La autoridad humana no puede imponernos el acto de fe, pues el dominio de la creencia interna escapa por su misma naturaleza a toda autoridad de orden humano.” DE BROGLIE, Guy (1965): *El derecho natural a la libertad religiosa* (Burgos, Ediciones Aldecoa) p. 76.

⁷⁴ Vid. TÓRTORA DELGADO, Hugo (2012): “Bases constitucionales de la libertad de conciencia y culto en Chile”, en *Revista de Derechos Fundamentales* N.º 7 (Universidad Viña del Mar), pp. 87-115

como aquel poder que tiene todo sujeto para crear y desarrollar sus propias ideas acerca de lo bueno y de lo malo, de lo moral y lo inmoral.../... una facultad que se construye solo en el fuero interno, y que alude a la elaboración de tales concepciones. Esta dimensión encerrará por lo tanto, un carácter esencialmente interno y valorativo, sin necesariamente que de ello deriven consecuencias externas. Una segunda forma de abordar esta garantía será agregando a dichas concepciones, la posibilidad que el titular del derecho se imponga a sí mismo, sobre la base de tales ideas, sus propias directrices y normas, o sea, no solo la elaboración de matrices mentales, sino además, deberes de conducta que emanen de ellas. De aceptar esta segunda visión, **debiéramos derivar de ella la prohibición del Estado de impedir que el sujeto sea forzado a atentar en contra de aquellas normas libremente generadas en su fuero interno** (el ennegrecido es nuestro). Como consecuencia de esta prohibición, podría elaborarse, según veremos, la tesis de que la objeción de conciencia sería un derecho con consagración constitucional. Finalmente, desde un tercer ángulo, la libertad de conciencia involucrará dos dimensiones distintas...”⁷⁵. Una será la conciencia sensible, esto es, “representarse mentalmente lo que se ha percibido ya sea del mundo externo, o interno, por los sentidos. El segundo nivel en tanto, tendrá que ver con poder juzgar, calificar o evaluar lo que ha sido percibido y conocido por la conciencia sensible”⁷⁶.

La primera dimensión se protege fundamentalmente a través del principio de no injerencia, pues refiere “a una facultad interna o sicológica, esfera en la que por fortuna el Derecho y el poder aún se muestran incompetentes (*cogitationis poenam nemo patitur*)”, mientras que la segunda y la tercera demandan, jurídicamente, el reconocimiento y protección de “una facultad práctica y plenamente social que protege al individuo frente a las coacciones o interferencias que pudiera sufrir por comportarse de acuerdo con sus creencias o convicciones”⁷⁷.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Vid. TÓRTORA DELGADO, Hugo (2012): “Bases constitucionales de la libertad de conciencia y culto en Chile”, en *Revista de Derechos Fundamentales* N.º 7 (Universidad Viña del Mar), pp. 87-115.

⁷⁷ Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis (2006): “Libertad y objeción de conciencia”, en *Revista “Persona y Derecho”* (Universidad de Navarra) p. 261.

En tal sentido, nuestra Constitución protege en su artículo 19 n° 6 este derecho, asegurando a todas las personas “la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos”⁷⁸. Sin embargo, nuestra regulación constitucional no se refiere expresamente a la libertad de conciencia, lo cual no implica sin embargo la imposibilidad de considerar los contenidos en esta garantía mediante una adecuada hermenéutica constitucional. Ello no sólo por el contenido mismo de la libertad de conciencia ya descrito, sino además, “de la mano de la aplicación de criterios pro homine, y de la ampliación del catálogo de derechos protegidos constitucionalmente, por la vía de la aplicación de la disposición del art. 5° inciso segundo de la Carta Fundamental, que incorpora a la Constitución material, incluso los derechos implícitos que podría ser este el caso”⁷⁹.

La objeción de conciencia se entiende, por su parte, como “aquella figura que permite al individuo negar o rehusarse a cumplir una obligación jurídica, cuando la actividad correspondiente signifique la realización de conductas que pugnan con sus convicciones íntimas”⁸⁰. En esta perspectiva, lo que el objetor persigue – su intención – no es obstruir u obstaculizar el cumplimiento social de la norma legal, sino obtener el legítimo respeto a su propia conciencia⁸¹. En tal sentido, un paso decisivo al reconocimiento de esta posibilidad como un derecho fue la Resolución 337 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa de 1967, la cual establece “el reconocimiento de los motivos religiosos e ideológicos como causas suficientes

⁷⁸ Lo cual, además, se condice con el reconocimiento de esta garantía en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes: Así, el artículo 12 Párrafo 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos contempla: “Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado”; por su parte, el artículo 18 párrafo 1° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos expresa: “Artículo 18. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”.

⁷⁹ Vid. TÓRTORA DELGADO, Hugo: Ob. cit.

⁸⁰ PARDO SCHLESINGER, Cristina (2006): “La objeción de conciencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, en *Revista Persona y Bioética*, Año 10 N.º 26 (Universidad de La Sabana), p. 56.

⁸¹ APARISI MIRALLES, Ángela y LÓPEZ GUZMÁN, José (2006): “El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto”, en *Revista P & B*, volumen 10, Revista N° 1 (26), p. 36.

para justificar la dispensa de la obligación de realizar el servicio armado”⁸².

¿Requerirá este derecho, para considerarse exigible por sus titulares, encontrarse expresamente reconocido en la Constitución o contar con un estatuto legal? El Tribunal Constitucional español, en una sentencia de 1985, admite la existencia de un derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario sin que sea necesaria la *interpositio legislatoris*. Así, en su fundamento jurídico decimocuarto, declaró que «cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales»⁸³.

Si convenimos en que la objeción de conciencia es parte sustantiva del derecho que protege el artículo 19 N° 6 inciso 1° de nuestra Constitución al asegurar a todas las personas la libertad de conciencia, es menester revisar la singularidad de aplicar este recurso en materia de aborto. En este sentido, la legalización del aborto es una de aquellas situaciones que presentan una mayor tensión en la materia que nos ocupa, no sólo porque se trata de una medida de disposición de la vida humana, sino porque además aparece opuesta a deberes médicos considerados fundamentales.

⁸² Ello es coincidente con jurisprudencia que ha considerado la objeción de conciencia como un derivado de la libertad religiosa, más que de la libertad de conciencia: “La libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada “objeción de conciencia” que halla sustento en los arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional, entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente derechos de terceros u otros aspectos del bien común”: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, fallo de fecha 5 de febrero de 1998, “Sisto y Franzani s/ información sumaria”, Fallos, 321:92. En el caso de la Constitución chilena, ambas garantías – siendo distintas- se tratan sin embargo en forma conjunta en el artículo 19 N° 6.

⁸³ Tribunal Constitucional español: Sentencia 53/1985 citada en Muñoz Priego, Blas Jesús: “La objeción de conciencia”, en http://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/objecionConciencia/La_Objecion_de_Conciencia.pdf. Precisamente esa situación, vinculada con la despenalización del aborto en España, es la que con posterioridad ha procurado evitar el TC español respecto de la objeción de conciencia.

En efecto, **“la práctica social de la interrupción del embarazo termina convirtiendo aquellas conductas despenalizadas en auténticos derechos subjetivos de la embarazada.** Ello es debido a que, por un lado, tal práctica conlleva para los médicos unas obligaciones de dictamen previas al aborto. Por otro lado, en el caso de médicos sometidos a un contrato laboral o régimen funcional, se les puede presionar en el sentido de que la práctica de un aborto sea entendida como una obligación derivada de su vinculación laboral o de su condición de funcionarios públicos”⁸⁴ (el ennegrecido es nuestro).

b) Razones por las cuales se estima que el Artículo 1º N° 3 del proyecto (que introduce un nuevo artículo 119 ter en el Código Sanitario) contraviene lo dispuesto en el artículo 19 N° 6 inciso 1º de la Constitución.

Dado que el proyecto de ley en las disposiciones que nos ocupan establece un verdadero sistema prestacional asociado con el aborto en tres causales, la situación del personal sanitario no es la misma que si se hubiera limitado a una despenalización de la conducta (lo cual aseguraría al personal sanitario el no ser sancionado por la práctica del aborto en tales casos y, a la vez, la libre decisión de participar o no en una intervención de dicha naturaleza. Así, reconociendo esa imposición, la norma del Artículo 1º N° 3 (que introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario), posibilita en apariencia excepcionarse de ella mediante objeción de conciencia, pero la herramienta no se diseña en cumplimiento de los estándares necesarios para considerar esta prerrogativa compatible con los criterios o estándares mínimos que exige su necesaria contrastación con el artículo 19 N°6 inciso 1º de la Carta.

En efecto, a la lectura de la disposición en comento, debemos destacar dos aspectos fundamentales que nos hacen considerar el precepto como inconstitucional:

⁸⁴ APARISI MIRALLES, Ángela y LÓPEZ GUZMÁN. José: Ob. Cit, p. 56.

i.- La redacción del inciso 1° indica que tendrán derecho a la objeción de conciencia “El médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso primero del artículo 119” y “el resto del personal profesional al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención”.

Si bien esta redacción es mejor que la original del proyecto, que no incluía al resto del personal sanitario, debemos hacer dos prevenciones acerca de lo deficitaria que sigue siendo la norma en la perspectiva constitucional. Como se ha explicado sobradamente, los derechos constitucionales, incluida la libertad de conciencia, se reconocen a todas las personas y no sólo a ciertos estatutos de ellas, por lo cual un derecho derivado de esa realidad como es la objeción de conciencia debe ser reconocido a todos los incumbentes y no sólo a algunos.

En tal perspectiva, ya se ha dicho que constituye una discriminación arbitraria reconocer sólo la posibilidad de objetar en conciencias la participación en maniobras abortivas al médico cirujano y al personal profesional dentro del pabellón en que el aborto se practique, a sabiendas que también es llamado a participar en este sistema prestacional personal sanitario no profesional y en instancias diversas a la quirúrgica. La limitación que realiza el proyecto resulta atentatoria contra el derecho a la objeción de conciencia derivado de la libertad de conciencia de estas personas, forzándolas a la participación en el proceso no sólo en contra de su voluntad sino de sus principios.

ii.- En el inciso 3° de la norma se evidencia un serio problema de constitucionalidad desde la perspectiva de la libertad de conciencia. Expresa dicho inciso: “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 otro médico cirujano que pueda realizar la intervención. Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del numeral 3) del inciso primero del artículo 119”.

Entendemos que, de las tres causales consideradas en el proyecto de ley, la única que admite la figura de necesidad de “atención inmediata e impostergable” es el peligro de la vida de la madre, en el caso de ser un peligro verdaderamente actual – la redacción de la causal no es la mejor -. El vencimiento del plazo es una situación que tiene que ver con el manejo sanitario de la situación, no con la legitimidad de la objeción de conciencia. En consecuencia, si la ley reconoce un derecho, derivado por lo demás de una garantía constitucional, puede establecer condiciones de cumplimiento como la de manifestación previa, pero no puede – a riesgo que el derecho se transforme en una mera autorización – a reglón seguido establecer una excepción de tal envergadura que deje de ser tal.

Aún si se considerara que el reconocimiento de la objeción de conciencia no puede evitar que la prestación de aborto en tres causales se brinde a la que lo solicita en ellas, no puede ser de cargo del objetor de conciencia que la prestación se realice, sino de la organización de recursos del sistema de salud lo cual importará los protocolos respectivos que así lo aseguren.

De otra manera, para tratar de solventar una necesidad sanitaria que el propio proyecto genera, se conculca el derecho del personal sanitario respecto de excluirse de intervenciones que importan disposición de la vida humana.

E. El Artículo 1º N° 1 (que introduce un nuevo texto del artículo 119 del Código Sanitario) en sus incisos 10, 11 y final y Artículo 1 N° 3 (que introduce un nuevo artículo 119 ter en el Código Sanitario) son contrarios a lo dispuesto en los artículos 1º inciso 3º y 19 N° 15 inciso 1º de la Constitución.

a) El derecho de asociación y la autonomía de los cuerpos intermedios.

Se denominan cuerpos intermedios todas las organizaciones voluntarias y libres de personas que se encuentran entre la familia y el Estado. “Es por todos sabido que los grupos

intermedios nacen en virtud de la acción organizada de sus integrantes, sin mediar para ello la intervención de la autoridad...los grupos intermedios surgen naturalmente, son manifestación de la socialidad de los seres humanos, en tal carácter son anteriores a la organización política y solo compete a esta última reconocerlos jurídicamente -una vez que se ha acreditado su existencia- lo que les habilita para ser sujeto de derechos y obligaciones civiles, pero sin que dicho reconocimiento afecte o condicione la existencia del mencionado grupo”⁸⁵.

“Aun cuando estas asociaciones o grupos asociativos, creados por la natural socialidad del hombre, se den dentro de la sociedad civil o política (Estado), no pueden ellos ser impedidos de existir, ni trabados en su funcionamiento, con normas que, dictadas por la autoridad, impidan el ejercicio real, verdadero y efectivo de esa inclinación natural que mueve al hombre a agruparse con sus semejantes. Sólo en un caso podría impedirse su existencia y es si persiguen fines contrarios a la moral, al orden constitucional o a la salud pública, y ello debidamente comprobado, incluso en un proceso contradictorio, si fuere posible, donde se aseguren las defensas de los afectados. Y es que tanto una sociedad (la civil o política) como las otras (grupos intermedios) emanan del mismísimo principio: la socialidad humana, que ha configurado la primera para garantía y promoción del ser humano, y no para conculcar los derechos inherentes a su propia naturaleza”⁸⁶.

Estas definiciones doctrinarias han sido reconocidas por este Excmo. Tribunal expresamente: “Que, en efecto, en el ya citado Rol N° 226 (considerando 28°, párrafo segundo), a propósito de los aludidos medios, se resolvió que “...no es ocioso recordar que el reconocimiento y amparo de los grupos intermedios o entes asociativos, es uno de los pilares básicos en la organización de la sociedad civil, y así lo establece, ya en su artículo 1°, la Carta Fundamental, garantizando al mismo tiempo su adecuada autonomía, a fin de permitirles – como

⁸⁵ OBANDO CAMINO, Iván Mauricio: “Grupos intermedios, personalidad jurídica y autonomía social: a propósito de la competencia absoluta de los Tribunales Electorales Regionales”, *Revista Chilena de Derecho* Vol. 230, p. 129).

⁸⁶ SOTO KLOSS, Eduardo: “La Autonomía de los Cuerpos Intermedios y su protección constitucional”, en *RDJ Doctrina*, Tomo LXXXV, Nro. 2, 53

células vivas de la sociedad – la obtención de sus fines propios, contribuyendo de este modo a la riqueza de la trama social y, en último término, al bien común de la sociedad. Reconocimiento, amparo y garantía de su autonomía son los términos en que la Constitución se expresa a su respecto.” Para añadir en el considerando 29º que: “...Dicha autonomía para cumplir con sus propios fines específicos implica la necesaria e indispensable libertad de esos grupos asociativos para fijar los objetivos que se desean alcanzar, para organizarse del modo que estimen más conveniente sus miembros, para decidir sus propios actos y la forma de administrar la entidad, todo ello sin intromisión de personas o autoridades ajenas a la asociación o grupo, y sin más limitaciones que las que impongan la Constitución.” (STC 2358-2013, c. 18).

Así, la autonomía de los cuerpos asociativos -una de las bases esenciales de la institucionalidad- se configura, entre otros rasgos esenciales, por el hecho de regirse por sí mismos; esto es, por la necesaria e indispensable libertad para organizarse del modo más conveniente según lo dispongan sus estatutos. Como lo expresa en uno de sus fallos S.S. Excma.: “En su artículo 1º, inciso tercero, que reconoce y ampara los grupos asociativos o cuerpos intermedios que existen entre la sociedad y el Estado ”y les garantiza su adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos. **En efecto, la autonomía de los cuerpos asociativos -una de las bases esenciales de la institucionalidad- se configura, entre otros rasgos esenciales, por el hecho de regirse por sí mismos; esto es, por la necesaria e indispensable libertad para organizarse del modo más conveniente según lo dispongan sus estatutos, decidir sus propios actos, la forma de administrarse y fijar los objetivos o fines que deseen alcanzar, por sí mismos y sin injerencia de personas o autoridades ajenas a la asociación, entidad o grupo de que se trata.** No significa ello, en modo alguno, que puedan estos entes actuar de manera ilegal, dañosa o ilícita, amparándose en la referida autonomía, ya que de incurrir en excesos en su actuación quedan, obviamente, sujetos a las responsabilidades consecuenciales que toca a los tribunales de justicia conocer, comprobar y declarar en el correspondiente debido proceso” (el ennegrecido es nuestro).

“... en efecto, el derecho de asociación, reconocido por el constituyente, posee una doble vertiente, a saber, el derecho de asociación y la libertad de asociación; esta libertad consiste precisamente en el poder de autodeterminarse en cuanto pertenecer o no, crear o no, una sociedad, asociación o grupo corporativo específico, vale decir no ser coaccionado a integrarse a un determinado ente societario, acoger o no, libremente, como miembro a un determinado sujeto que desee integrarse a él, en fin retirarse o no de ese grupo o cuerpo asociativo libremente.” (STC 184-1994, c. 7°).

Por otra parte, no debe olvidarse que el constituyente, en las Bases de la institucionalidad (Capítulo I, artículo 1°, inciso tercero), **dispone como especial deber del Estado reconocer y amparar los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad, como asimismo garantizar su autonomía, deber que se impone no sólo al Estado en su función administrativa, como lo especifica particularmente la Ley N.º 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 3°, inciso segundo, sino también al legislador y a todo órgano del Estado, como lo prescriben los artículos 6°, incisos primero y segundo, y 7°, incisos primero y segundo (ibídem, (STC 184-1994, c. 7°).**

De estos textos, parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no puede sino colegirse que la realidad en virtud de la cual los cuerpos intermedios pueden exigir al Estado su reconocimiento, amparo y garantía de autonomía, es una norma de rango constitucional que no es una mera aspiración programática sino que un precepto plenamente operativo y exigible. En el mismo sentido, la materialización respecto a los propios fines específicos de los cuerpos intermedios está dado por sus estatutos, pues es ahí donde reside la capacidad de regirse por sí mismo, con independencia de las actuaciones del Estado en tanto cuanto se actúe conforme a Derecho.

Finalmente, es importante señalar, tal como lo ha dicho el Tribunal Constitucional, que

dicho reconocimiento, no sólo se aplica al Estado Administración, sino que también al legislador y a todo órgano del Estado. En ese sentido, el Legislador, como parte del Estado en los términos del artículo 1º de la Constitución, también tiene el deber de tutelar los propios fines específicos a los cuales cada organización se debe.

b) El reconocimiento de la adecuada autonomía de los cuerpos intermedios y la libertad de asociación son perfectamente concebibles dentro del derecho de las personas jurídicas a gozar de garantías constitucionales.

Este Excmo. Tribunal ha señalado que “si bien existe consenso en la doctrina y la jurisprudencia en que la tutela fundamental ofrecida por el artículo 19 puede beneficiar tanto a personas naturales como a jurídicas, es igualmente objeto de consenso que la protección de las personas jurídicas sólo es admisible cuando la naturaleza del derecho o interés tutelado lo justifique. Lo anterior por cuanto la persona natural es la que nace libre e igual en dignidad y derechos y, por ello, es reconocida como principal y natural titular de derechos fundamentales. Los derechos fundamentales exhiben como rasgo distintivo su carácter universal y por lo mismo se entiende que son reconocidos a todos sus titulares en igual forma y medida algo que no puede hacerse respecto de personas jurídicas, que sólo pueden contar con los derechos que el ordenamiento jurídico les reconozca en armonía con su función en la comunidad” (STC 2381-12, c. 21)”.

Si bien los cuerpos intermedios y asociaciones pueden optar o no por transformarse en personas jurídicas en conformidad a la ley, en caso de hacerlo siguen gozando de los derechos antes referidos, que se relacionan no sólo con el principio de subsidiaridad del Estado, sino también con las posibilidades del ser humano de participar en la vida en comunidad desde distintas perspectivas de desarrollo que se satisfacen ven múltiples asociaciones.

Dichas asociaciones tienen, por naturaleza, no sólo objetivos asociados con los intereses

comunes de sus miembros, sino que además y con la autonomía garantizada por la Carta Fundamental y en el plano de su propia libertad, sus propios idearios, principios y valores, que quedan plasmados en sus declaraciones de principios y estatutos.

En un modelo jurídico como el propuesto por las disposiciones objetadas de constitucionalidad, en el cual el aborto – ya legalizado, como es obvio – **se transforma en una prestación médica debida universalmente en todo establecimiento o servicio de salud a la paciente que así lo requiera, debemos preguntarnos qué sucede con las instituciones que sostienen principios o valores diametralmente diversos a la posibilidad de disposición de la vida humana.**

Esta situación no puede resolverse de acuerdo a la objeción de conciencia “institucional”, dado que la libertad de conciencia aplica sólo a personas naturales: “la jurisprudencia de la Corte colombiana considera que no, de hecho en la sentencia T-388 de 2009 se explicita el hecho que las personas jurídicas no son titulares de este derecho, por lo cual a las instituciones prestadoras de servicios de salud no les es permitido – por esta causa- oponerse a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo. La razón de ello sería la propia ontología de las personas jurídicas, carentes de conciencia moral. En ello, coincidiendo con tal cosa, no obsta ello sin embargo va considerar que las instituciones “sí tienen ideología, declaraciones, estatutos o códigos de ética institucional que determinan su forma de trabajo. Tal es así que muchas instituciones de salud o académicas limitan sus proyectos o prestaciones de acuerdo va esos conceptos, aunque no pueda estrictamente hablarse de “objeción de conciencia institucional”⁸⁷.

Tal situación ha de entenderse, entonces, no como una objeción de conciencia sino como una limitación a las exigencias que el Estado puede efectuar a las referidas instituciones, dado que el mismo Estado les ha reconocido el derecho estatutario a adscribir a determinado ideario,

⁸⁷ BECA, Juan Pablo y ASTETE, Carmen (2015): “Objeción de conciencia en la práctica médica”, *Revista Médica de Chile*, 143, p. 495.

religioso o no.

Al respecto, podemos citar como reconocimiento expreso de tal situación al artículo L162-8 del Código de Salud Pública de Francia que exime expresamente de realizar abortos a las instituciones privadas que no deseen hacerlo: “Un médico no está obligado a practicar una interrupción voluntaria del embarazo, pero debe informar, a más tardar, en la primera visita, el solicitante de la denegación. Está, además, la obligación de cumplir con las obligaciones previstas en los artículos L. 162-3 y L. 162-5./ Ninguna partera, enfermera o ningún paramédico está obligado a contribuir a un aborto/ **Una institución que tenga la calidad de hospital privado puede negarse a permitir abortos que se realizan en sus instalaciones.**/ Sin embargo, si la institución ha solicitado participar en la ejecución de un hospital público o existe un contrato de concesión celebrado con arreglo a la Ley No. 70-1 mil trescientos dieciocho de 31 de diciembre 1970 esta negativa no puede oponerse si otras instituciones no son capaces de responder a las necesidades locales./ Se requiere que las categorías de las instituciones públicas destinadas a practicar interrupciones voluntarias del embarazo sean establecidos por decreto...”⁸⁸ (el ennegrecido es nuestro).

En el plano internacional, hay referencias al rechazo de las instituciones de salud para la práctica del aborto, como el caso de la Resolución 1763 de 7 de octubre de 2010 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en la que se indica como **“Ninguna persona, hospital o institución será coaccionada, considerada civilmente responsable o discriminada debido a su rechazo a realizar, autorizar, participar o asistir en la práctica de un aborto, eutanasia o cualquier otro acto que cause la muerte de un feto humano o un embrión, por cualquier razón”**.

⁸⁸ La traducción es nuestra. El original de la Ley se encuentra en http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=F050A70B9383A7A1A1CA6EB317CDE083.tpdjo04v_2?idArticle=LEGIARTI000006692432&idSectionTA=LEGISCTA000006171678&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=19891218.

“... la problemática planteada en relación con clínicas y hospitales está directamente relacionada con el derecho de las instituciones a poseer un ideario propio, capaz de configurar real y efectivamente su naturaleza y su actividad. En esta situación no se encuentran solamente las instituciones que, inspiradas en ideales éticos, ideológicos o religiosos, prestan servicios de salud. Se extiende a realidades tan variadas como las instituciones educativas, los sindicatos, los partidos políticos, las empresas periodísticas, sólo por mencionar algunos ejemplos de lo que en el derecho comparado se denominan organizaciones de tendencia o empresas ideológicas”⁸⁹.

Esta posibilidad de reconocimiento de un estatuto propio, asociado con las creencias y valores, fue objeto, en junio de 2014, de un fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Hobby Lobby Stores*, en el cual decretó la invalidez del mandato contraceptivo dictado por el Departamento de Salud y Servicios Humanos (*Department of Health and Human Services*), que obligaba a empresas con fines de lucro pertenecientes a dueños con convicciones religiosas contrarias al aborto a financiar cuatro métodos que tienen efecto abortivo. El fundamento de la Corte estuvo centrado en la libertad religiosa, protegida por la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa de 1993 (*Religious Freedom Restoration Act*)⁹⁰. Aunque el tribunal declaró claramente que la decisión se limita al mandato anticonceptivo, se han considerado consecuencias del fallo que se extienden mucho más allá de la anticoncepción, entre ellas: La posibilidad de adscribir a ciertos principios y valores tanto si se trata de personas jurídicas con fines de lucro como aquéllas que no los tienen y la realidad de que los tribunales no pueden hacer consideraciones acerca del error o acierto de las creencias religiosas.

c) Por qué las normas señaladas del proyecto infringen lo dispuesto en el Artículo 1º inciso 3º y 19 N° 15 inciso 1º de la Constitución.

⁸⁹ PRIETO, Vicente (2012): “Dimensiones individuales e institucionales de la objeción de conciencia al aborto”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 30 (IUSTEL), pp. 1-64.

⁹⁰ Supreme Court of United States of America: *Burwell v. Hobby Lobby*, June 30, 2014. Sobre el fallo, vid. DIDIER, María Marta; ROMERO, José Ignacio y PARINI, Nicolás Francisco, “Objeción de conciencia: un fallo trascendente de la Corte Suprema de Estados Unidos”, en *Revista La Ley*, 2014-F, 206.

El Artículo 1° N° 1 (que introduce un nuevo texto del artículo 119 del Código Sanitario) en sus incisos 10, 11 y final y Artículo 19 N° 3 (que introduce un nuevo artículo 119 ter en el Código Sanitario) contemplan, como ya se ha explicado, un sistema prestacional obligatorio y exigible, asociado con el aborto en tres causales, sin distinguir entre instituciones o servicios de salud públicos o privados; tampoco prevé que su personal tenga un tratamiento distinto respecto de un sistema de objeción de conciencia limitado y que, además, como se ha explicado, contempla una excepción de tal magnitud, que prácticamente deja el derecho reducido a una mera expectativa.

Esta estructuración sin duda ignora y no se hace siquiera cargo de la situación de las instituciones cuyo ideario no es compatible con los postulados y prestaciones contempladas en el proyecto. Se espera, de acuerdo a los incisos mencionados del Artículo 1° N° 1 (nuevo artículo 119 del Código Sanitario) que todos los servicios de salud practiquen abortos, que realicen acompañamiento pero sin procurar influir en que la mujer desista de su decisión de abortar y que su personal, si hay urgencias o plazos, debas practicar abortos o participar en ellos, aun siendo objetores de conciencia.

Tal cosa no sólo es imposible de cumplir sin tensionar las instituciones hasta el punto de la crisis, sino que representa una violación directa a la autonomía constitucional consagrada en el artículo 1° de la Constitución y a la libertad de asociación previstas en el artículo 19 N° 15 inciso 1°.

IV. TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE Y VIGENTES QUE TIENEN INJERENCIA EN EL ESTUDIO DE LOS PRECEPTOS IMPUGNADOS POR SU CONSTITUCIONALIDAD

1. Sobre los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran actualmente vigentes, y que, en consecuencia, son norma exigible en nuestro país.

Tal como ya se ha adelantado, los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran actualmente vigentes, son norma obligatoria en nuestro país.

Su importancia radica en que los derechos que tales tratados reconocen importan un límite para el ejercicio de la soberanía de la Nación (verificado a través del pueblo en los plebiscitos, elecciones periódicas y las autoridades que la Constitución señala, entre los cuales se encuentra la Presidente de la República, los Ministros de Estados y los Honorables Señores Diputados y Senadores), según lo dispone el propio artículo 5° de nuestra Carta Fundamental.

En consecuencia con lo anterior, corresponde determinar cuáles son las disposiciones de tales tratados a las que son contrarias las disposiciones impugnadas del proyecto.

Una primera consideración necesaria, dice relación con el rango otorgado a las normas en comento cuando abordan temas de derechos humanos (que es para estos efectos, los tratados a los cuales nos referiremos). Desde ese punto de vista, debe considerarse que nuestra Constitución no regula de manera expresa la fuerza normativa que se le otorga a los tratados, ni mucho menos la función normativa que ha de cumplir una vez que adquiere dicha fuerza, siendo este escenario bastante complejo, pues es precisamente nuestra Carta Fundamental la llamada a definir cuál será el escalón jerárquico que tendrá.

Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina plantea en primer término que el contenido de estos Tratados Internacionales (que abordan consideraciones sobre derechos fundamentales) tienen vital importancia, pues las disposiciones que abordan impactan de manera directa en cuáles son las garantías que las personas –o grupos particulares de personas, como los niños, adultos mayores, entre otros- pueden tener⁹¹.

⁹¹ ALDUNATE, Eduardo (2010): “La posición de los Tratados Internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, en *Revista Ius et Praxis*, V. 19, pp. 185-210.

Bajo esa premisa gran parte de la doctrina se inclina por considerar que en el último tiempo (fundamentalmente desde entrado el año 2000 en adelante), la aplicación de los tratados de derechos humanos ante un conflicto normativo con la legislación chilena tiene “preeminencia” por sobre las normas de rango legal simple⁹².

Esa misma apreciación es la que han tenido nuestros Tribunales Superiores de Justicia al resolver esta misma temática. Así, el año 2007 la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en el caso *Muller*, al resolver sobre una demanda civil contra el Fisco de Chile por la desaparición de Jorge Muller y su novia Carmen Bueno, señaló en el considerando N.º 17: “Que, de lo expuesto, se concluye que si los tratados de derechos humanos fueron incluidos en la modificación constitucional citada, se infiere que esos últimos necesariamente han de tener una mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional, que el resto de los tratados internacionales”⁹³.

Misma idea que ha sido reconocida por la Corte Suprema en el caso de *Antilef Sanbueza*, donde se decretó que el apremio constituye una amenaza ilegítima a la libertad personal cuando este se basa en una deuda, lo que es prohibido por el artículo 7º del Pacto de San José de Costa Rica, otorgándole un rango supra legal al mencionado tratado, y disponiendo la Corte que: “el apremio decretado constituye una amenaza ilegítima a la libertad personal de la recurrente, ya que el pago compulsivo de una cotización previsional deriva de una actuación que importa una prisión por deuda que en nuestro sistema jurídico está proscrito, en atención a lo dispuesto en el artículo 7º, N.º 7 del Pacto de San José de Costa Rica, en relación a lo establecido en el artículo 5º de la Constitución Política de la República, se revoca la resolución apelada de dos de mayo del año en curso, escrita de fojas 8 a 10 y, en su lugar se declara que se acoge el recurso de amparo

⁹² HENRÍQUEZ, Miriam Lorena (2008): “Jerarquía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos: Análisis jurisprudencial desde el método de casos”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, N.º 2, pp. 73-119.

⁹³ Rudolph Muller y Sonia Muller con Fisco de Chile (2007): Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago (Recurso de Apelación). Sentencia de 23 de marzo de 2007, ROL N.º 1211-2012.

interpuesto a fojas 1, en favor de Wilfredo Antilef Sanhueza, debiendo dejarse sin efecto la orden de arresto despachada en su contra para el cobro de cotizaciones previsionales”⁹⁴.

Con todo, no queda lugar a dudas que los Tratados Internacionales tienen una vital importancia en el ordenamiento jurídico chileno, siendo norma actualmente exigible cuando se cumplen con los requisitos establecidos en el inciso segundo del artículo 5° de nuestra Constitución. Y en el mismo sentido, cuando dichas normas recogen materias de vital importancia –como la aquí señalada, relativa a derechos fundamentales- los Tratados Internacionales se convierten en una normativa en todo caso superior a las leyes, por ser ésta una forma efectiva de tutelar los intereses y garantías de los eventuales afectados, debiendo ser entonces respetados por las normas inferiores (como las impugnadas).

En ese sentido, para demostrar como el proyecto contrario nuestra Constitución, nos referiremos a una serie de Tratados Internacionales, sus disposiciones, y la forma en que texto de las disposiciones impugnadas es incompatible con los preceptos ahí contemplados⁹⁵.

1.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida comúnmente como Pacto de San José de Costa Rica), aprobado en Chile por el Decreto N.º 873 del Ministerio de Relaciones de Exteriores, el 5 de enero de 1991.

a) Las disposiciones de la Convención relacionadas con las materias en tratamiento.

Es en primer término necesario señalar que, en el preámbulo de la Convención, se dispone que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado

⁹⁴ Wilfredo Antilef con Juez Titular del Primer Juzgado del Trabajo de San Miguel (2005): Excelentísima Corte Suprema de Justicia (Recurso de Apelación). Sentencia de 09 de mayo de 2005, ROL N.º 2006-2005.

⁹⁵ Sin perjuicio de señalar, desde ya, que ello no significa que este Excelentísimo Tribunal haya de hacer control de convencionalidad de las leyes respecto de los tratados, sin perjuicio de tenerlos a la vista como complemento de lo consagrado por la Carta Fundamental.

Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional”.

Así, declara en su artículo 1 número 1 que “Los Estados Partes en esta Convención se comprometerán a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, redacción que se analizará en profundidad al referirnos a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Luego, dispone en el número 2 del mismo artículo que “Para efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

Esto se ve reafirmado, pues luego dispone en su artículo 4 número 1 que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. **Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.** Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Demás está decir que para la biología (ciencia específica a la cual se refiere la materia), la concepción es la “unión íntima de dos células sexuales hasta confundirse sus núcleos respectivos y, en mayor o menor grado, sus citoplasmas”, de ahí que se utilice como sinónimo del fenómeno de “fecundación”⁹⁶.

En otras palabras, para que las disposiciones citadas por la Convención tengan plena coherencia, no se puede llegar sino a la conclusión de que se entiende que son personas todos los seres humanos desde el momento de la concepción, gozando desde ese mismo instante de una serie de prerrogativas establecidas en el texto, siendo la piedra angular de todas ellas el derecho a la vida y su protección, sin la posibilidad de que puedan establecerse discriminaciones

⁹⁶ GILBERT, Scott (2005): Capítulo 7, Fecundación: el comienzo de un nuevo organismo, en *Biología del Desarrollo* (Sunderland, Editorial Sinaver Associated, segunda edición).

arbitraria asociadas con “el nacimiento”. Ello es plenamente razonable si se tiene en consideración que la única fórmula efectiva de tutelar los derechos de **todos** los miembros de la especie humana es evitar establecer diferencias no razonables en razón de situaciones accidentales (como puede ser decir que se es persona a partir de la semana 12 en una situación, y para otra situación se es persona a partir de la semana 14), o derechamente, negar la idea de que el no nacido no es persona, lo que definitivamente sería contrario al texto señalado.

Posteriormente, en lo relativo a este requerimiento, es necesario señalar que el Pacto posteriormente reconoce en su artículo 5° el derecho a la integridad personal (“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente”).

También el texto protege en su artículo 12 la libertad de conciencia y de religión (“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias”), y en su artículo 13 la libertad de pensamiento y de expresión (“toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”), en su artículo 16 la libertad de asociación (“todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole”), y en su artículo 24 la igualdad ante la ley.

b) Cómo se vulneran estas disposiciones por los preceptos impugnados del proyecto de ley en estudio.

En primer lugar, en las tres causales del inciso primero del número 1 del artículo 1° del proyecto, así como en los incisos 2 al 9 (la representación de la mujer y situaciones excepcionales), e igualmente en los incisos 10 al 14 (sobre obligaciones del prestador de salud y los programas de acompañamiento), el numeral 2 del mismo artículo –a excepción de los incisos

5 y 7- (que genera el marco estatutario, característica clave de una legalización), así también en el numeral 4 del artículo 1 (prohibiciones y derechos que van más allá de la mera despenalización), y también en los artículos 2.º, 3.º y artículo transitorio (todos modificando el tipo penal y estableciendo derechos a favor de la mujer), **se genera un estatuto prestacional para proporcionar un aborto a la mujer que lo requiera en las condiciones ya indicadas, cuyo resultado necesario es la negación de la calidad de persona del ser humano que está en gestación, situación ya explicada anteriormente.** En ese sentido, las causales que permiten el aborto, así como el aseguramiento de tal prestación –omitiendo y negando la calidad del no nacido–, es un acto que como se evidencia, resulta arbitrariamente discriminatorio, por lo que necesariamente ha de ser declarado el texto del proyecto contrario al artículo 1º de la Convención, que no permite ningún tipo de discriminación arbitraria, e igualmente, declara que “persona es todo ser humano”.

Como ya se ha adelantado, las referencias existentes a un trato “sin discriminación” en el ejercicio de los derechos, libertades y garantías que los seres humanos, refiere fundamentalmente a la idea de que éstos no pueden ser sujetos pasivos –víctimas– de cortes arbitrarios en la realidad, y que no se fundan sino en el mero capricho, desconocimiento o irracional fijación de límites ficticios.

Tal como se ha señalado, no cabe duda que el ser humano que está por nacer es persona desde el momento de la concepción pues desde ahí adquiere la individualidad única y propia que es elemental de nuestra especie; la carga genética. No puede admitirse que consideraciones accidentales sean para estos efectos las determinantes, pues no se predicán de igual forma en toda la especie. Basta tener presente que, si para estos efectos el límite entre una persona y otra es la ausencia o presencia de desarrollo encefálico o cerebral, el propio proyecto se contradice gravemente al considerar que se puede abortar a las 12 semanas, **y en el mismo sentido** (pues sólo así puede existir una contradicción), también se puede abortar a las 14 semanas (esto es en la causal de violación, no señalándose plazo para las otras dos causales). Esto es exclusivamente

manifiesto de que se generan “categorías de personas”, en las cuales por cosas accesorias (la edad de la madre) se discrimina –arbitrariamente, pues no se encuentra fundamento lógico en lo anterior que se refiera al que está por nacer- al *nasciturus*.

Por lo demás, si se continuase la lógica anterior, debería asumirse entonces que lo que el proyecto efectivamente hace es encajonar en diversas zonas de preferencia (el feto de 14 semanas importa menos que el de 14 semanas y 1 día) a los seres humanos, lo cual muy bien podría conducir a otra serie de estatutos igualmente arbitrarios e irracionales. Se debe tener presente a estos efectos que en la ciencia jurídica existe aquel principio que en latín reza; *ubi eadem est ratio, eadem est o debet esse juris dispositio* (donde hay la misma razón, debe ser la misma disposición), y esto no es sino una manifestación del principio de igualdad, en orden a que reconocer que todos los que estén bajo una base equivalente tienen el derecho a tener el mismo estatuto, cuya lógica consecuencia es la no discriminación arbitraria.

Es importante recordar que no se desprende del propio texto del proyecto (ni de su mensaje) una argumentación que pueda justificar la diferencia enunciada, ni mucho menos que se haga cargo de la calidad de persona del no nacido. Luego, necesariamente deben considerarse las disposiciones del proyecto señaladas anteriormente, como un acto arbitrariamente atentatorio de los derechos del no nacido (prohibición del artículo 1 de la Convención), lo cual cuando menos parece una demostración de irracionalidad o arbitrariedad.

Finalmente, debe señalarse que la idea de no discriminación tiene como contracara la igualdad ante la ley, de modo que el afectado-discriminado (*nasciturus*) goza de tutela, al encontrarse en un pie estatutario (reconocido por la Convención en su artículo 4º) semejante a cualquier otro ser humano, y por ende sujeto de protección, a la luz del artículo 24 de la Convención (igualdad ante la Ley). Los preceptos del proyecto citadas en el párrafo anterior resultan así antagónicos a lo señalado en el artículo 4º de la Convención.

Con mayor evidencia se vulnera la disposición contenida en el artículo 4 número 1, sobre el derecho al respeto a la vida, **que está protegido a partir del momento de la concepción**, no cabe detenerse mucho en un precepto cuya literalidad es evidente. Tal declaración no deja lugar a ambivalencias, y aunque podría sostenerse que la concepción principia en la anidación, que fue lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (erróneamente pues transgrede la realidad, en un exceso de sus facultades de interpretación, sin que esto tenga incidencia en nuestro país por no haber sido Estado parte, y finalmente no tener relación directa con lo aquí discutido –pues se trataba de embriones concebidos in vitro, congelados y no anidados–), **es igualmente contraria la correspondiente norma del proyecto a la Convención, pues la anidación (semana 2 de la gestación) ocurre mucho antes que las 12 o 14 semanas que el texto permite en la causal tercera.**

Pues bien, lo prevenido en el artículo 1º en su numeral 1 (sobre las situaciones de “interrupción” así como derechos asociados y situaciones de representación), y numeral 2 –a excepción de los incisos quinto y séptimo– (acerca de especificaciones técnicas para destrucción de la vida del que está por nacer), y artículo 2 y 3 del proyecto (por ser consecuencias necesarias de la prestación abortiva), son totalmente contrarios al artículo 5 de la Convención (que protege el derecho a la vida desde la concepción), pues precisamente lo que realizan estos artículos es derechamente permitir la destrucción de la vida del que está por nacer (inciso 1 del artículo 1), y generar en torno a tal prestación una serie de precisiones médicas y biológicas que sirven para sustentar tal eliminación del *nasciturus*.

Las disposiciones señaladas en el párrafo anterior son igualmente (y por los mismos motivos) contradictorias a lo dispuesto en el artículo 5º de la Convención, referente al respeto a la integridad personal, al disponer la Convención el derecho a que se respete la integridad física, psíquica y moral, en el sentido de que no puede generarse daño o perjuicio sobre un individuo de la especie humana bajo ningún motivo; como asimismo, sobre la declaración contenida en el numeral 3º del señalado artículo, en el sentido que prohíbe que la pena trascienda a otra persona

que no sea el delincuente, lo cual no es sino una manifestación del injusto que recae sobre el *nasciturus* en caso de violación, que no es sino víctima –al igual que su madre– del delito cometido.

Otro punto de debate se encuentra en lo relativo a la libertad de conciencia y de religión (artículo 12) y la libertad de pensamiento y de expresión (artículo 13). Esto es una señal inequívoca de la existencia del derecho de las personas para objetar en conciencia (en relación con el artículo 29 de la Convención, el cual dispone la prohibición de limitar el goce de derechos que puedan estar reconocidos en la Convención o en las leyes de los Estados Partes, e igualmente no permite la exclusión de otros derechos que son inherentes al ser humano), lo cual no es sino el incumplimiento de una obligación o deber jurídico, motivado por su colisión con una norma que obedece a la moral o a la conciencia del individuo, cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual, y que debe ser distinguido de la desobediencia civil, figura que constituye un acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas del gobierno”⁹⁷.

Esta idea de poder objetar el cumplimiento de un deber por ser manifiestamente contrario a las creencias individuales, no sólo es reconocido por el derecho⁹⁸ sino que también por la ciencia médica⁹⁹, y es sólo un reflejo de la garantía que tienen las personas en orden a regir su vida en aspectos sensibles, de una manera que íntimamente consideren es mejor para sí mismos.

Se ha dicho que esto bien podría dejar el proyecto impugnado en una suerte de imposibilidad de ejecución por la imposibilidad de asegurar la prestación allí donde los médicos escasean. Esta situación carece de fundamento plausible, desde que se considera que el encargado de velar por la correcta aplicación de las políticas públicas en materia sanitaria no es el propio médico objetor, sino que es el Estado, y compete a tal ente velar por la verdadera

⁹⁷ RAWLS, John (1985): *Teoría de la Justicia* (Ciudad de México, Editorial del Fondo de Cultura Económica).

⁹⁸ TALAVERA, Pedro (2010): “La objeción de conciencia sanitaria en el ámbito penitenciario”, en *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, V. 12.

⁹⁹ BECA, Juan Pablo y ASTETE, Carmen (2015): “Objeción de conciencia en la práctica médica”, en *Revista Médica de Chile*, V. 143.

aplicación de la norma disponiendo de mayor recursos e insumos, o de la forma que mejor lo considere. Si se asume el absurdo anunciado anteriormente, bien podría concluirse que el derecho a la objeción de conciencia desaparece para personas que no desean realizar el servicio militar obligatorio, en caso de guerra exterior, siendo que precisamente en esos escenarios se reconoce una situación en la que, con mayor claridad, debería reconocerse tal garantía y no al revés.

Menos podría sugerirse que la objeción de conciencia no se pueda aplicar a personal dependiente del Estado (funcionarios públicos), por ser estos sujetos al servicio del país y no de sus meros intereses o creencias, pues tal escenario también implicaría asumir otro absurdo que desnaturaliza la objeción de conciencia; que tal derecho a objetar no emana de la persona, sino del vínculo jurídico que lo liga a su empleador.

Pues bien, el proyecto en cuestión bloquea esta libertad absurdamente a quienes estén “al interior del pabellón quirúrgico”, reconociendo sólo a quienes sean los “ejecutores activos”, pero negando la posibilidad a quienes intervienen indirectamente ya sea previa, coetánea o posteriormente, la posibilidad de igualmente objetar. No debemos olvidar que la realización de un acto requiere en partes iguales un ejecutor directo (médico cirujano y demás equipo médico), pero también de sujetos indirectos, que son los que prestan los medios para la concreción de la conducta, y que se encuentran en igual pie de poder objetar en conciencia, si no desean que el cumplimiento de sus funciones se preste para la realización del acto abortivo, como bien podría suceder por ejemplo con equipos multidisciplinarios que deben participar reuniones clínicas para determinar si el feto es “inviabile”, o el ginecólogo que debe informar a la paciente sobre la opción de abortar, y demás está considerar a pediatras, especialistas en neonatologías, nutricionistas, psicólogos, psiquiatras, y una larga lista. Insistimos en que por ningún motivo esta lista pretende dejar en abandono a la mujer, que en algunas situaciones puede enfrentar un estado de salud crítico, sino que se trata de asegurar el derecho a objetar y proteger la vida de la mujer frente a situaciones de riesgo, para lo cual, el principal llamado a regular y generar las condiciones

idóneas, es el Estado.

De lo contrario, al pie de la letra actual, sólo puede apreciarse un germen de derecho, atrofiado en unas situaciones puntuales, limitado arbitrariamente a parte del personal, y que, en la práctica, hacen que esta garantía no se cumpla en la realidad. Todo lo cual, termina por hacer el proyecto sea contrario a la Convención.

En ese sentido, el numeral 3 del artículo 1º del proyecto, que contempla en sus tres incisos la objeción de conciencia en diversas formas, resulta totalmente contrario a los artículos 12, 13 y 29 de la Convención Interamericana, pues según se ha explicado, en primer término es un derecho otorgado limitadamente no a todos los interesados que eventualmente pudiesen ser objetores, y porque en segundo lugar, a quienes si se les otorga, lo es de manera atrofiada, es decir, sin asegurar que tal derecho pueda efectivamente ser cumplido. Este otorgamiento imparcial y atrofiado que realiza el proyecto en su artículo 1 (numeral 3), es, como se ha dicho, un contradictorio de la Convención.

Finalmente, debe destacarse en relación a la Convención, que el texto impugnado no se hace cargo de la autonomía de los cuerpos intermedios y el derecho de éstos a regirse por sus estatutos específicos.

Así lo contempla el artículo 16 (libertad de asociación y el derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, entre otros) de la Convención. Esta redacción es una consecuencia necesaria de la idea de libertad que tiene la persona, para reunirse con sus pares ideológicamente a fines, y en esa asociación desarrollar actividades, promover sus ideales y protegerlos.

El Estado no puede limitar a ciertas asociaciones para actuar o no bajo ciertos escenarios, porque precisamente tal limitación implica en algunos casos desnaturalizar sus fines específicos

e ideales, y, en definitiva, lleva inevitablemente a que se llegue al escenario de justificar la aceptación o no de determinados grupos (pues si atentamos contra sus elementos esenciales, implica necesariamente llegar al plano de discutir su existencia).

En ese orden de cosas, la redacción del proyecto es correcta al señalar que la objeción de conciencia no es aplicable a instituciones, pues salta a la vista que éstas no tienen conciencia (lo que es propio de los seres humanos), pero lo que sí poseen indudablemente, es la existencia de códigos y principios esenciales a la naturaleza de la labor e ideales que adhieren y promueven.

Negar tal derecho a asociarse libremente en función de sus ideales es manifiestamente contrario a la Convención, pues de nada sirve una asociación por ideales comunes, si el Estado me obliga forzosamente a desechar tales ideales. Hacemos la prevención de que tampoco puede llegarse al absurdo de tolerar que cada grupo se rija como lo desee, y es precisamente por eso que el Estado al asegurar una prestación en torno al aborto, debería cuando menos asumir que tal intervención genera una serie de obligaciones para su efectivo cumplimiento, y para lograr tal efectividad no puede exigirse a terceros (vulnerando su garantía de asociación y pidiéndoles ir contra sus ideales) lo que el Estado no puede cumplir.

Como lo anterior no se verifica en el proyecto, y, muy por el contrario, se constriñe arbitrariamente el derecho a la asociación de los grupos intermedios de nuestro país, no puede sino declararse la inconstitucionalidad del proyecto. A este respecto, pedimos que se esté a la declaración final del inciso 1, del numeral 3 del artículo 1, que dispone que “la objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución”, pues como ya lo hemos señalado, el espíritu real de esa disposición no es la de prohibir la objeción de conciencia (situación no posible en grupos de personas asociados), sino que es derechamente la de no permitir que asociaciones intermedias se guíen por sus ideales y fines específicos. En síntesis, la redacción citada resulta totalmente opuesta a lo señalado en el artículo 16 de la Convención, por los argumentos que se han esgrimido en los párrafos anteriores.

c) Una necesaria referencia al caso “Artavia Murillo v. Estado de Costa Rica”.

c.1) Naturaleza de lo discutido en este caso.

El caso “Artavia Murillo v. Estado de Costa Rica” fue un litigio judicial conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se suele destacar por las referencias e interpretaciones que se hacen, en el fallo, acerca del derecho a la vida y la protección del ser humano.

Los hechos del caso se relacionan con la existencia de un Decreto Ejecutivo del Estado de Costa Rica del año 1995 que autorizaba la práctica de la fecundación in vitro para parejas conyugales. Esta práctica fue posteriormente prohibida por una acción de inconstitucionalidad contra el señalado proyecto, que fue acogida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, la que anuló el señalado Decreto por estimar que era una violación al derecho a la vida, pues estos procedimientos daban lugar a la generación de embriones “supernumerarios” que no se utilizaban en la implantación respectiva y luego eran destruidos.

En ese orden, es que nueve parejas que tenían alguna causa de infertilidad (y que se encontraban en un tratamiento de Fertilización In Vitro al momento de la declaración de inconstitucionalidad del decreto) presentaron una petición a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en orden a que se decretase la posibilidad de restaurar la señalada norma, aduciendo que la prohibición constituía una injerencia arbitraria y abusiva en su vida privada y en la de su familia (artículo 11.2 de la Convención), además estimaban que se violentaba el derecho del hombre y la mujer a fundar una familia (artículo 17.2. de la Convención) y finalmente que era una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (artículo 24).

Al resolver el fondo, el Tribunal hace notar que la prueba en el expediente evidencia un

supuesto cambio en el paradigma del fenómeno de la “concepción”, aduciendo que en el caso de la fertilización in vitro hay un transcurso de tiempo entre la unión óvulo-espermatozoide, y la implantación del cigoto. Por tal razón, es que la Corte interpreta la idea de “concepción” que tenían los redactores de la Convención Americana, señalando que ésta “ha cambiado” (hacemos notar que esta situación le está prohibida, pues si bien puede realizar una interpretación de la literalidad del texto, no puede contrariarle cuando éste sea evidente). Si se concede la tesis de que efectivamente la “concepción” ha cambiado, lo que compete es realizar una modificación del texto de la Convención, y no interpretarlo antojadizamente, como lo ha hecho la Corte, al señalar que “antes de la FIV no se contemplada científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer”.

Así, dispone en su considerando 186 el fallo que “No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (...)”, y continuar en su considerando 189 que “Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4º de la Convención Americana.

Asimismo, la expresión "en general" permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones¹⁰⁰.

La Corte Interamericana, en la sentencia, se aparta del llamado margen de apreciación de los Estados¹⁰¹, que sí admite la Corte Europea de Derechos Humanos: “pese a que existió un análisis de la práctica estatal en la ejecución de la Convención, parece no controvertido que la doctrina del margen de apreciación no cumple rol alguno en la decisión. El voto mayoritario estimó que la protección sin excepciones del embrión es desproporcionada y no se dispuso a analizar el grado de discreción que los Estados podrían tener al momento de fijar tal medida. Los casos que se han seguido ante el TEDH (Tribunal Europeo de los Derechos Humanos) y que hemos reseñado aquí, utilizan el margen de apreciación para validar decisiones estatales que autorizan estas prácticas. La principal diferencia radica en el grado de protección de los derechos involucrados. Para el TEDH, el silencio del tratado respecto de la protección de la vida del embrión —junto a otras consideraciones en torno al consenso— permiten dar deferencia a los Estados Parte sobre materias como la interrupción del embarazo, las técnicas de FIV o el diagnóstico preimplantacional. **La Corte IDH, por otra parte, autoriza los procedimientos de FIV sin recurrir al margen de apreciación. Para arribar a ello, estimó que la prohibición categórica y sin excepciones de la vida del embrión constituye una medida que interfiere desproporcionadamente con otros derechos consagrados en la Convención**”¹⁰² (lo ennegrecido es nuestro).

¹⁰⁰ Artavia Murillo y Otros con Estado de Costa Rica (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos (Procedimiento de violación de derechos de la Convención). Sentencia de 14 de julio de 2010.

¹⁰¹ “El fundamento del margen de apreciación no se encuentra en el texto del Convenio Europeo, se trata más bien, de un instrumento interpretativo que parte de la idea de que, un derecho no puede juzgarse en abstracto, omitiendo los marcos culturales y económicos que lo circundan, por el contrario existen condicionamientos materiales y sociales cuyo desconocimiento quitaría realidad o vigencia a un régimen de derechos humanos”: SAGÜÉS, Néstor (2003), “Las relaciones entre los Tribunales Internacionales y los Tribunales Nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Chile. Vol 9, núm. 001, pp. 219 y ss.

¹⁰² CHÍA, Eduardo A. (2014): “Análisis de la Sentencia Artavia Murillo Y Otros (“Fecundación *In Vitro*”) Vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Año 12, N.º 1 585 p. 574. Debe tenerse presente que, sobre la base de evitar que la protección de la vida de los embriones afecte otros derechos de la Convención, se reduce el margen de protección de éstos, lo cual redundaría en el mismo efecto per se en sentido contrario. Así, este autor, representativo de los que buscan defender el aborto en el marco de la

Esta situación resulta sumamente grave, pues como se ha señalado, la interpretación intentada más bien se condice con una disposición contraria al texto y espíritu de la Convención, situación que le está prohibida a la Corte por ser un Tribunal que falla en derecho con plena sujeción a su norma matriz, la cual, si bien le está permitido interpretar fijando sentido y alcance de sus disposiciones, no puede contrariar.

Por otra parte, debemos referirnos a la delimitación del concepto de “persona” realizado por la Corte, invocando a su vez decisiones parecidas en otros ámbitos jurídicos¹⁰³, considera que dicho concepto se corresponde con un estatus que exige cooptación social y conveniencia de la comunidad: “*persona* es, para el derecho, lo que la comunidad jurídica determinó debe ser una *persona*, en correlación necesaria con aquellos estándares desarrollados en el devenir del tiempo y en armonía con los principios constitucionales sobre los que se organiza la comunidad –tales como los estándares establecidos por la propia Corte IDH. De acuerdo a estas consideraciones, los fetos y embriones, dados sus caracteres constitutivos asignados por la comunidad jurídica: *i*) están imposibilitados de desempeñar un papel significativo en la vida jurídica; *ii*) no son *personas* por decisión de la comunidad política, cuestión que con posterioridad ha sido especificada a través de una resolución jurídica. Por eso, cuando la Corte IDH dice en sus párrafos 222 y 223 –luego de analizar diversas disposiciones de Derecho internacional

Convención, reconoce la intencionalidad de esta disminución, privilegiado otros derechos y reconociendo los derechos de éste.

¹⁰³ “... la crítica más relevante a esta técnica es la falta de un criterio claro para seleccionar los documentos y decisiones judiciales citados por la Corte. En el caso Artavia, por ejemplo, el lector se puede preguntar: ¿Por qué en un punto escogió la Corte citar sentencias de Estados Unidos y Colombia, en vez de sentencias de Perú y Chile, que han tenido resultados totalmente opuestos? ¿Por qué se citó el derecho irlandés al referirse al estatus del embrión antes de la implantación, pero no después de la misma, momento en el que la vida de éste y de su madre tienen igual protección constitucional? ¿Por qué no se hizo hincapié, al citar al TEDH, en que éste concede un gran margen de apreciación a los Estados para decidir sobre el comienzo y la protección de la vida? En otras palabras, el uso de instrumentos de otras jurisdicciones, a menos que cubran la totalidad de una determinada región, o describan un ordenamiento en forma integral, permiten cuestionar la imparcialidad del tribunal que elige arbitrariamente qué instrumentos citar”: PAÚL DÍAZ, Álvaro (2013): “La Corte Interamericana *in Vitro*: Comentarios sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia”, *Revista de Derecho Público Latinoamericano* (UDD), Vol. 2, p.318.

aplicando variados criterios de interpretación constitucional— que “[...] *no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en dichos artículos* (de la Convención) [...]”, siendo “[...] *improcedente otorgar el estatus de persona al embrión* [...]”, simplemente reafirma las ideas que se acaban de exponer”¹⁰⁴.

La afirmación sostenida por la Corte resulta incompatible con la realidad, y como se ha señalado, lo expresado por el tribunal resulta sumamente discutible, toda vez que hace eco antojadizamente de disposiciones y sentencias de Tribunales de países donde el aborto es una práctica legalizada, y en consecuencia, no resulta sorprendente la conclusión a la llegada¹⁰⁵.

Demás está decir que el silogismo empleado es errado, toda vez que resulta imposible conciliar la idea de “persona” con la posibilidad de “desempeñar un papel significativo en la vida jurídica”, **ya que se excluye también a personas que en ausencia de algunas facultades que les permitan desempeñar tal papel a lo largo de su vida, lo cual no es sino muestra de que se trata de una gustosa ambigüedad.**

Además, señala que no serían personas “por decisión de la comunidad política”, lo cual no puede sino ser rechazado, en el sentido de entender que las decisiones que adopta tal comunidad, deben basarse en los principios y derechos que no lesionen a los integrantes de la comunidad nacional, pues de lo contrario la discusión cambia de foco y se transforma en una lucha de poder sobre estatutos particulares de privilegio y de categorías de seres humanos.

c.2) Protección gradual e incremental de la vida humana.

Con todo, asumiendo argumentativamente que es correcto el dictamen de la Corte Interamericana en el sentido de que la Convención exige una protección “gradual e incremental”

¹⁰⁴ CHÍA, Eduardo: Ob. Cit.

¹⁰⁵ PAÚL DÍAZ, Álvaro: Ob. Cit.

al derecho de que se respete la vida, es dable señalar que incluso bajo este supuesto, nuestra legislación, sin la existencia del proyecto de ley cuyos preceptos se impugnan, da cumplimiento a ello.

Como ya analizamos en esta sección, dadas las premisas de que el Estado no puede sino garantizar y reconocer el derecho a que se respete la vida de toda persona con inclusión de los no nacidos; del carácter especial de este derecho (propuesta binaria; o se protege o no); y en atención a que el derecho debe ser protegido en todo momento y desde su inicio *no se cumple con la obligación contraída bajo la Convención si es que la ley no prohíbe la acción de dar muerte en forma directa y deliberada a la persona que está por nacer desde el inicio de su existencia*. La gradualidad de la protección debe darse al menos desde la implantación, pues si la protección comenzara en cualquier momento posterior, el periodo intermedio entre la implantación y el nuevo punto de inicio que se decida proteger no estaría sujeto a una protección gradual, sino simplemente a una desprotección, que es precisamente el resultado vedado. El primer grado de protección debe coincidir con el primer momento de existencia, y no uno posterior. Nuestro país cumple con esta obligación en la actualidad pues prohíbe de manera uniforme todas las conductas dirigidas a poner término en forma directa e intencional a la existencia de otro desde su inicio, pero la entrada en vigencia del proyecto de ley cuestionado busca cambiar esto en relación con sus 3 causales.

Más aún, *boy la ley chilena ya consagra un sistema que es de hecho gradual e incremental en su forma de protección*¹⁰⁶. Legislando sobre la premisa de que no puede levantarse la prohibición de atentar de forma directa y deliberada en contra de la vida de toda persona, desde el principio y hasta el fin de la misma, lo que incluye a los no nacidos, la legislación establece *distintos niveles de penalidad*

¹⁰⁶ Como hemos explicado, la vida humana y su subsistencia no permite ningún tipo de graduación. En efecto, se trata de una propuesta binaria, pues o se está vivo o no se está. No se puede estar medianamente vivo. Luego, la gradualidad no puede lógicamente referirse a más o menos protección en uno u otro momento, pues o bien se protege o no se protege. La gradualidad, en cuanto sea aplicable, no puede sino referirse entonces a las distintas reacciones contra la vulneración de la vida, más no podría referirse a que en un momento se permita *matar un poco más o un poco menos*, pues o se mata o no se mata.

(por lo mismo, de intensidad de protección) para los atentados contra la vida humana según el momento del proceso vital en que se encuentre la víctima. Esto explica que el marco de la pena sea distinto frente a la extinción de la vida de los que están por nacer, que frente a la de los ya nacidos a lo largo del resto de su vida.

En síntesis, aceptando como correcta la tesis de que el deber de protección del que está por nacer está sujeta a un criterio de gradualidad e incremento progresivo, ello en ningún caso puede resultar en omitir el deber de protección que la misma Convención exige para los no nacidos desde el inicio de su existencia. El cumplimiento del deber del Estado de asegurar el derecho a que se respete la vida, conjuntamente con el de proteger dicho derecho por ley, y hacerlo en condiciones de igual protección, requiere la prohibición uniforme de los atentados directos e intencionales en contra de la subsistencia de la vida humana, sea que ella haya nacido o no, pues el nacimiento no condiciona la personalidad. Esto no obsta a que el ordenamiento jurídico nacional exima de la prohibición aquellas conductas debidamente justificadas o que no son directa e intencionalmente matadoras, o bien que tome la decisión de asignar sanciones de diferente intensidad –incluso optando por no sancionar, pese a reconocer el carácter de injusto– ante el quebrantamiento de la prohibición en atención a razones de política criminal.

c.3) La no incidencia del caso Artavia en la discusión sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas.

Este análisis se hace necesario toda vez que los promotores del proyecto han expresado en la tramitación –y posiblemente sostendrán en sus actuaciones ante este Excmo. Tribunal– que la sentencia del caso *Artavia de Fertilización in Vitro* (Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012) niega de plano la posibilidad de que los no nacidos sean considerados personas, y que conforme a la aplicación de la doctrina del control de convencionalidad –en la formulación de la Corte Interamericana mediante su jurisprudencia– el Estado de Chile se vería compelido a seguir lo dictaminado por la Corte sobre el punto. Así, se

afirma, sería improcedente reivindicar el carácter de persona de los no nacidos bajo el ordenamiento jurídico interno, pues esto contravendría a la Convención Americana, en cuanto interpretada por la Corte en el fallo Artavia. Luego, los no nacidos no podrían ser tenidos como personas sin infringir las presuntas obligaciones de derecho internacional que pesan sobre el Estado.

Más allá de que consideramos que el análisis de Artavia es incorrecto por los motivos ya referidos, lo cierto es que **la sentencia en cuestión no tiene ni puede tener incidencia real en el resultado de esta controversia, por un conjunto de razones.**

i.- La obligación internacional que pesa sobre el Estado de Chile en atención a la Convención Americana es de cumplir con las decisiones de la Corte en todos **aquellos casos en los que se ha sido parte** (artículo 68 de la Convención Americana), y no en otros distintos. Chile no está formalmente obligado a dar cumplimiento a lo que se ha dispuesto en Artavia por el hecho de no ser parte del juicio en que la sentencia se dictó, y teniendo ella un efecto relativo indiscutible bajo los términos explícitos del tratado.

ii.- Lo razonado por la Corte Interamericana sobre el contenido y alcance del derecho a la vida en aquella oportunidad es *obiter dicta*, y por lo mismo carece de valor determinante y dispositivo sobre lo que razone y decida éste y otros tribunales, en especial fuera del contexto de la fertilización in vitro, como lo es la discusión sobre la interrupción del embarazo.

Lo anterior es evidente, desde que la sección 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que el procedimiento se dirigirá exclusivamente contra un Estado, negando la posibilidad de que terceras naciones se hagan parte para defender sus intereses. Con lo cual, se da pleno cumplimiento al artículo 51 de la misma Convención, la que dispone que “La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada”, por lo cual, el

obligado es el Estado originario contra el cual se dirige la acción, estatuto que Chile no tenía –ni ha tenido–, por lo que no le es extensible lo señalado por la Corte.

Y aun cuando tratase de forzarse el escenario anterior, de arrastrar a nuestro país a un procedimiento en el cual ni siquiera tuvo la posibilidad de participar, debe tenerse presente que otros países han señalado derechamente que la sentencias de la Corte Interamericana que sean contrarias a lo dispuesto por sus máximos tribunales no les empee. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha señalado que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede revocar sentencias del máximo tribunal de ese país, pues tal situación implicaba transformar a la Corte en “una cuarta instancia revisora de fallos dictados por los tribunales nacionales, en contravención de la estructura del sistema interamericano de derechos humanos y de los principios de derecho público de la Constitución Nacional”¹⁰⁷.

c.4) Bajo la jurisprudencia constante y vigente de este Excmo. Tribunal, la cuestión de constitucionalidad del proyecto de ley no puede resolverse con referencia directa a ningún tratado internacional de derechos humanos.

Sin perjuicio de lo dicho respecto a la protección que los tratados internacionales brindan al derecho a la vida del que está por nacer, y el reconocimiento que hacen de su personalidad, es necesario dejar en claro que ello no puede esgrimirse como un argumento para resolver la controversia sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas.

En efecto, desde la dictación de la sentencia N.º 346 y en adelante, la jurisprudencia de este Tribunal ha sido conteste en afirmar que los tratados internacionales –incluso los de derechos humanos– tienen un rango inferior a la Constitución. Asimismo, se ha afirmado que no es posible contrastar directamente los preceptos legales impugnados con los tratados

¹⁰⁷ Fontevicchia y D’Amico con Argentina (1998): Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. Sentencia de 14 de febrero de 2017. ROL N.º 368-1998.

internacionales a efectos de afirmar su inconstitucionalidad¹⁰⁸. En efecto, “[p]ara que esta operación fuera jurídicamente válida, sería necesario que aquellos instrumentos estuvieran dotados de rango constitucional en cuanto fuentes formales de Derecho Constitucional, y no adquirirla por vía simplemente indirecta, a través de la remisión que a ellos formula el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental” (STC N.° 2703, c. 11, de 2016, citando a su vez de la STC N.° 2265, c. 8, de 2012. Ver, además, STC N.° 346 c. 74; N.° 1288 c. 43; y N.° 2387 c. 11-12). Esta determinación ha sido refrendada de manera unánime por el Excmo. Tribunal bajo su actual presidencia, y por la mayoría de los ministros que actualmente sirven en él.

Es en atención a lo anterior que se llega a la conclusión ineludible de que no es posible fundar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas en lo señalado en la Convención Americana, aún si ella reafirma lo que ya hemos sostenido de forma autónoma en relación con el texto constitucional. Esta fue precisamente la razón por la cual este Excmo. Tribunal rechazó los requerimientos de inconstitucionalidad en la (STC N.° 2387 c. 17) explicitando que es improcedente declarar la inconstitucionalidad de un proyecto de ley en atención al pretendido carácter constitucional de un tratado, como lo era en el caso el Convenio N.° 169 de la OIT.

Finalmente, es también forzoso concluir que la sentencia Artavia no puede ser tomada como determinante. Esto en atención al indiscutido carácter jurídico de los tratados internacionales, que carecen de rango constitucional y que, por lo mismo, no son parámetro para controlar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un proyecto de ley. En efecto, así como no sería procedente declarar el proyecto impugnado como inconstitucional exclusivamente en atención a lo dispuesto en la Convención Americana, tampoco resultaría procedente declararlo constitucional en atención a normas de tratados internacionales de derechos humanos. Y, a fortiori, si los tratados en sí no son aptos para dicho control, con mayor razón es inaceptable la conclusión pretendida de que una simple sentencia –que no es vinculante

¹⁰⁸ Ello, sin embargo no evita tener estos tratados a la vista de forma complementaria a la Constitución, en la medida que los derechos en ellos consagrados son también un límite a la soberanía del Estado.

sobre Chile, al no ser parte de la causa, y que interpreta dicho tratado– pueda erigirse como el parámetro determinante para afirmar que el proyecto en cuestión es constitucional.

Con todo, asumiendo argumentativamente que es correcto el dictamen de la Corte Interamericana en el sentido de que la Convención exige una protección “gradual e incremental” al derecho de que se respete la vida, es dable señalar que incluso bajo este supuesto, nuestra legislación, sin la existencia del proyecto de ley cuyos preceptos se impugnan, da cumplimiento a ello.

Como ya analizamos en esta sección, dadas las premisas de que el Estado no puede sino garantizar y reconocer el derecho a que se respete la vida de toda persona con inclusión de los no nacidos; del carácter especial de este derecho (propuesta binaria; o se protege o no); y en atención a que el derecho debe ser protegido en todo momento y desde su inicio **no se cumple con la obligación contraída bajo la Convención si es que la ley no prohíbe la acción de dar muerte en forma directa y deliberada a la persona que está por nacer desde el inicio de su existencia.** La gradualidad de la protección debe darse al menos desde la implantación, pues si la protección comenzara en cualquier momento posterior, el periodo intermedio entre la implantación y el nuevo punto de inicio que se decida proteger no estaría sujeto a una protección gradual, sino simplemente a una desprotección, que es precisamente el resultado vedado. El primer grado de protección debe coincidir con el primer momento de existencia, y no uno posterior. Nuestro país cumple con esta obligación en la actualidad pues prohíbe de manera uniforme todas las conductas dirigidas a poner término en forma directa e intencional a la existencia de otro desde su inicio, pero la entrada en vigencia del proyecto de ley cuestionado busca cambiar esto en relación con sus tres causales.

2.- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en Chile por el Decreto N.º 778 del Ministerio de Relaciones de Exteriores, el 29 de abril de 1989.

a) Las disposiciones del Pacto que refieren a las materias en tratamiento.

A su turno, este Tratado Internacional igualmente declara en su preámbulo que “estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.

En su artículo 2º número 1 contempla que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Y a su turno, en el artículo 5º número 1 dispone que “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquier de los derechos y libertades reconocidas en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”.

Esta situación se complementa con lo señalado en el artículo 6º número 1, al considerar que “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

Lo relevante de las normas transcritas a es que esta norma no intenta definir (por la vía de “constreñir”) a la persona y no establece ninguna excepción a la posibilidad de desprotección del derecho a la vida. Esta idea de que inclusive se considerarán personas y seres protegidos a los no nacidos, es plenamente compatible con el texto del Pacto, pues la misma norma dispone en su artículo 6 número 1 que “No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, **ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez**”

(lo ennegrecido es nuestro). La fórmula anterior sólo refleja la idea de que la mujer embarazada es portadora de vida –no sólo propia-, sino que del ser humano que está en su interior, y cuya protección se asegura.

Una interpretación contraria, sólo haría caer al texto citado en contradicciones, pues decir que el que está por nacer no es persona ni tiene protección harían imposible entender que el mismo texto posteriormente no permita la pena de muerte en mujeres embarazadas.

En suma, existe un interés por parte de los Estados Partes de este Pacto de resguardar la vida del que está por nacer, pues en primer término no distingue el tratado entre diversas categorías de personas (situación que sería imposible pues no podría hacerlo sin caer en tautologías), más por el contrario, al análisis del texto en su totalidad, no puede sino inferirse que se asegura a todos por igual la señalada protección.

b) Los preceptos del proyecto que transgreden las normas citadas del Pacto.

La redacción de los preceptos impugnados del proyecto en algunos de sus enunciados, esto es, las tres causales del inciso primero del número 1 del artículo 1 del proyecto, así como los incisos 2 al 9, e igualmente los incisos 10 al 14 (que introduce el nuevo artículo 119 del Código Sanitario), el numeral 2 del mismo artículo –sin contemplar los incisos 5 y 7- (que introduce un nuevo artículo 119 bis), así como el numeral 4 del artículo 1 (que introduce un nuevo artículo 119 quater), y también el artículo 2.º, 3.º y transitorio, se opone derechamente a tal prohibición de discriminar arbitrariamente, pues como se advierte, genera “categorías” de personas, otorgando a unas un trato más beneficioso que a otras, sin que tal beneficio sea razonable o justo.

En el mismo sentido lo contemplado en el artículo 6º del Pacto, en el sentido de proteger la vida que es “inherente a la persona humana” y que “nadie podrá ser privado de la vida

arbitrariamente”, se opone a los preceptos referidos. El proyecto contempla una serie de intervenciones en su artículo 1° en sus numerales 1 (las situaciones de “interrupción” así como derechos asociados y situaciones de representación) y una serie de derechos y estatutos, establecidos en el numeral 2 del artículo 1 –a excepción de los incisos 5 y 7- (especificaciones técnicas para destrucción de la vida del que está por nacer), y artículo 2 y 3 del proyecto (por ser consecuencias necesarias de la prestación abortiva), que son **totalmente opuestos a la declaración que realiza el Pacto en su artículo 6°**, toda vez que no se cumple con el mandato de proteger la vida, y muy por el contrario, se busca derechamente destruirla.

Una novedad se encuentra en el artículo 5°, que prohíbe que las disposiciones del citado Pacto puedan ser interpretadas en el sentido de conceder derechos a Estados o individuos para emprender actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos ahí reconocidos, situación que como hemos analizados anteriormente, es manifiestamente incompatible con la redacción de la mayoría de las disposiciones contenidas en el proyecto de ley del Boletín N.° 9895-11, ya que como se ha dicho, su verdadera naturaleza jurídica no es la de una mera despenalización, sino que una legalización por la vía de asegurar una prestación médica, cuya consecuencia es la de conceder a ciertas personas la posibilidad de atentar contra derechos de los que están por nacer.

El aseguramiento de tal prestación, se reafirma al análisis del proyecto, que contempla a través de las tres causales del inciso primero del número 1 del artículo 1 del proyecto (nuevo artículo 119 del Código Sanitario), así como en los incisos 2 al 9 (la representación de la mujer y situaciones excepcionales), e igualmente en los incisos 10 al 14 (sobre obligaciones del prestador de salud y los programas de acompañamiento), el numeral 2 del mismo artículo –sin considerar para estos efectos los incisos 5 y 7- (que genera el marco estatutario, característica clave de una legalización), así también en el numeral 4 del artículo 1 (prohibiciones y derechos que van más allá de la mera despenalización), y también en el artículo 2.°, 3.° y transitorio (todos modificando el tipo penal y estableciendo derechos a favor de la mujer), no sólo una mera despenalización (ya

se ha estudiado en la introducción de este libelo para referirse al tema penal), sino que un estatuto de legalización en torno al aborto, siendo todas las disposiciones recién citadas **totalmente contrarias al espíritu y letra del artículo 5º ya citado, pues lo que se hace es brindar oportunidades para la afectación de los derechos presentes en el Pacto.**

3.- La Convención sobre los Derechos del niño, aprobada en Chile por el Decreto N.º 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el 27 de septiembre de 1990.

a) Disposiciones de la Convención relacionadas con las materias en tratamiento.

Debe tenerse en primer lugar presente que, desde su preámbulo, la Convención considera como objetivo la protección del niño sin discriminación alguna: “Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, **nacimiento** o cualquier otra condición” (el ennegrecido es nuestro), lo cual se funda en el hecho que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, **incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento**” (lo ennegrecido es nuestro).

Para luego disponer en su artículo 1 que “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Como se observa, la Convención señala un “hasta” (los 18 años), pero no dispone de un “desde”, situación que no obsta a considerar al no nacido como niño sujeto de protección.

Lo anterior es plenamente compatible con el artículo 2º de la Convención, el cual dispone

que “1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, **sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales**” (lo ennegrecido es nuestro), vale decir, la idea del nacimiento –o no– por ser una condición accidental y no esencial del ser humano –niño– no es un motivo para establecer discriminaciones y no respetar a los menores en sus derechos.

Como el texto es carente de ambigüedades, debe finalmente hacerse referencia al artículo 6º, el que dispone que “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. Con esta disposición, lo que en realidad se pretende hacer es reafirmar una realidad que resulta innegable, y dar una cabal protección al ser humano no nacido.

b) Las disposiciones requeridas que afectan los preceptos de la Convención.

Debemos recordar que esta Convención establece expresamente un punto máximo (18 años, en su artículo 1), pero no un mínimo, para el cuidado de los derechos de los niños. Ahora bien, no es aventurado establecer que también son niños –y sujetos de protección– los niños desde la concepción, pues así se desprende expresamente del preámbulo como ya se ha dicho, e igualmente, porque esta situación es plenamente lógica con la verdadera naturaleza del ser humano, donde ser infante, niño o feto, no son estados de desarrollo que se predicen de un género: la persona, distinción que el texto cuya inconstitucionalidad se requiere realiza negativamente, lesionando los derechos de los niños, garantizados en este tratado.

La redacción contenida en el artículo 2º (que dispone la prohibición de discriminar, por

ejemplo, por sexo, impedimentos físicos, **e inclusive el nacimiento**), no es sino una consecuencia necesaria de lo señalado, en el sentido de no generar cortes irreales o ficticios para proteger a un ser humano y a otro no. Así, en el texto del proyecto, en las tres causales del inciso 1.º del número 1 del artículo 1 del proyecto, así como en los incisos 2 al 9, e igualmente en los incisos 10 al 14, el numeral 2 del mismo (sin incluir los incisos 5 y 7), así como en el numeral 4 del artículo 1, y también en el artículo 2.º, 3.º y transitorio, se concretan una serie de fueros en favor de la madre (con las consecuentes obligaciones para terceros, como el Estado, los prestadores de salud, los médicos, etcétera), que **resultan contrarios, en orden a discriminar al no nacido por condiciones que son accidentales a él, y que terminan por otorgarles “menos valor” a los fetos de 14 o 12 semanas (según se guste) que los seres humanos de 15 semanas, y a éstos menos derechos que los recién nacidos**. Estos cortes ficticios, establecidos en las disposiciones citadas del proyecto, son absolutamente opuestos a la Convención en su artículo 2.

Como corolario de lo anterior, se protege igualmente el derecho intrínseco a la vida del niño (artículo 6) “en la máxima medida posible” y garantizando siempre “la supervivencia y el desarrollo del niño”, ambos estados que niega el proyecto por permitir atentar contra la vida de un ser humano, sin importar la máxima medida de cautela hacia el niño (recordemos que debe primar el interés superior del niño), ni mucho menos velando por una efectiva supervivencia (lo cual derechamente en el proyecto no importa, pues se trata exclusiva y excluyentemente del derecho de la mujer, que se manifiesta como un absoluto).

De este modo, lo que el proyecto impugnado contempla en numeral 1 y 2 (salvo incisos 5 y 7) del artículo 1, así como en sus artículos 2 y 3, es absolutamente opuesto al artículo 6º de la Convención (que resguarda el derecho a la vida de los niños), pues en efecto lo que estos artículos permiten es la destrucción de la vida del que está por nacer, contraviniendo derechamente el mandato de la Convención, que exige a los Estados parte velar por la supervivencia y desarrollo del niño.

4.- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobado en Chile por el Decreto N.º 201 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el 17 de septiembre de 2008.

a) Disposiciones de la Convención atinentes a las materias en tratamiento.

Como se ha adelantado, cabe sobre esta materia hacer una precisión particular, en orden a determinar con claridad que habiendo establecido que la existencia del no nacido principia en su concepción, momento desde el cual es un ser humano titular de derechos, cabe la necesidad de no cometer con él discriminaciones arbitrarias, vale decir, aquellas que se fundan en el mero capricho o en un estado de desconocimiento de la realidad (que es lo que hace el proyecto impugnado).

Si tal situación de discriminación no razonable se verifica, la consecuencia necesaria es la vulneración de los derechos del que está por nacer, pues como se ha adelantado, todos los Tratados Internacionales prohíben que se generen cortes “irregulares” o “ficticios” en la realidad, en orden a no permitir que por consideraciones accidentales (las llamadas “categorías sospechosas” en materia de discriminación, como puede ser la edad –un par de semanas de gestación- o una discapacidad) se pueda discriminar.

Es por esto que el artículo 1º de esta Convención dispone que “El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”, para luego declarar en su artículo 3 que “Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas. b) La no discriminación (...), h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las

niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”.

En síntesis, la idea fundante es que debe estarse a la dignidad inherente (y no a lo sustancial, como lo hace el texto cuya inconstitucionalidad se solicita) de la persona humana, pues caer en lo contrario es precisamente reconocer una discriminación en contra de los derechos y garantías que están por nacer. Asociado a esto, se encuentra la idea de especial protección de la que gozan los niños, y la representación de que, ante una posibilidad de vulneración de sus derechos, debe estarse por aquella opción que no les es lesiva, esto no sólo porque son seres humanos, sino porque se trata de individuos que gozan de una especial protección.

b) Cómo vulneran las disposiciones de la Convención los preceptos impugnados.

En primer término, esta Convención propone en su artículo 1º que se debe garantizar a todas las personas el pleno goce y en igualdad de condiciones el desarrollo de los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad.

Esta situación debe asociarse con lo prevenido en el numeral 1 y 2 (sin incluir el inciso 5 y el inciso 7) del artículo 1, así como en los artículos 2 y 3 del proyecto, pero sobre todo, y fundamentalmente con la causal contemplada en el artículo 1 del proyecto impugnado, que contempla la posibilidad de “despenalizar la interrupción del embarazo” cuando el embrión o feto “padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la **vida extrauterina independiente**, en todo caso de carácter letal” (lo ennegrecido es nuestro), refiriéndonos en concreto a la causal contemplada en el número 2), del numeral 1 del artículo primero del proyecto.

En primer término, debe señalarse que tal redacción tiene una inimaginable consecuencia legislativa, pues recordemos que la Ley N.º 20.422 (que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad), define “vida independiente”

(evidentemente, aquella de carácter extrauterino) como “el estado que permite a una persona tomar decisiones, ejercer actos de manera autónoma y participar activamente en la comunidad, en el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad”, **todas características incompatibles con cualquier tipo de nacimiento, no sólo de las llamadas “inviabilidades fetales”**, por lo que con el estado legal actual, se desconocen los verdaderos efectos e implicancias que tiene el proyecto, y cuyo tenor claramente carece de una adecuada técnica legislativa.

Pero como la carencia de tal técnica no empece a estos requirentes, es que el debate en torno a lo contemplado anteriormente debe centrarse en la premisa de que el ser humano que está por nacer es precisamente eso, y que en algunas situaciones puntuales tiene mayor o menor sobrevida en razón de una patología que puede tener desde su concepción o adquirida durante su desarrollo intrauterino.

Más allá de que esta causal vaya a desincentivar cualquier desarrollo científico y médico al respecto (recordemos que hoy la técnica permite operar intrauterinamente a fetos de 20 semanas o menos que padezcan de espina bífida), debe tenerse presente que no puede considerarse un estado de discapacidad como el determinante para calificar el derecho a la vida o no, pues tal situación es evidentemente discriminatoria al generar nuevamente cortes irreales sobre el ser humano.

El absurdo anterior podría predicarse en igual lógica de los “vivos extrauterinamente independientes” que tenemos problemas de salud y necesitamos someternos a una intervención con pocas posibilidades de éxito. Recordemos que la tendencia jurisprudencial nacional ha sido precisamente la contraria, vale decir, que no se puede negar el acceso a tratamientos médicos (por ejemplo, un trasplante) cuando existen pocas posibilidades de éxito, pues tal situación implica negar las posibilidades –pocas- de sobrevida que se tienen.

Así, la Corte Suprema recientemente ha confirmado una sentencia dictada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago ¹⁰⁹, y ha señalado que “la negativa de la entidad recurrida deviene en ilegal y arbitraria, al incumplir el mandato legal consagrado en el artículo 2° de la ley N.° 19.966 de 2004, de brindar el tratamiento más oportuno respecto de la enfermedad, si se repara en la profesional de otros médicos especialistas en el sentido que la propuesta es la opción más conveniente para enfrentar el problema de salud del paciente” ¹¹⁰.

Y en el mismo sentido, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que: “se advierte por el recurrido que no puede hacerse el trasplante en enfermos que han sido refractarios a quimioterapia y que se efectúan trasplantes autólogos y alogénicos “donante familiar idéntico 100% compatible, por tratarse de los trasplantes de menor complejidad y con mayor evidencia” (ver informe foja 36); pero, **es lo cierto, que no pueden escatimarse esfuerzos profesionales y humanos y recursos técnicos y económicos para agotar las posibilidades de dar sobrevida o curación al mal** que padece la joven XXX” (lo ennegrecido y omisión del nombre es nuestro), para continuar señalando el referido tribunal que “importa una ilegalidad y arbitrariedad la negativa a disponer la terapia porque, en concepto de la recurrida, no se trata de un caso de “menor complejidad y con mayor evidencia”, toda vez que todo aquel que padece de una enfermedad catastrófica incorporada en la lista que da derecho a su cobertura conforme lo establecido en la Ley N° 19.966, **debe otorgársele el tratamiento que permita superar o mitigar la grave dolencia que padece la recurrente**. Y es arbitraria por negársele con argumentos que miran al grado de complejidad y que tengan “evidencias”, **no obstante que se cuenta con médicos especialistas para enfrentar la intervención y su recuperación y que la omisión estadística se supera, precisamente, con la materialización de aquéllas**”¹¹¹.

¹⁰⁹ Fuenzalida con Comisión Técnica asesora de trasplante de médula ósea (2016): Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago (Recurso de Protección). Sentencia de 2 de marzo de 2017, causa ROL 127.982-2016.

¹¹⁰ Fuenzalida con Comisión Técnica asesora de trasplante de médula ósea (2017): Excelentísima Corte Suprema de Justicia (Recurso de Apelación). Sentencia de 12 de abril de 2017, causa ROL 8.443-2017.

¹¹¹ Morales con Subcomisión de Trasplantes (TPH) adultos del Hospital del Salvador (2016): Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago (Recurso de Protección). Sentencia de 3 de febrero de 2016, causa ROL 1.347-2016.

En consecuencia, y tal como ya se ha dicho, no es admisible la objeción de poseer una enfermedad o menor o posibilidad de sobrevivida para negar a una persona discapacitada el derecho a una intervención médica necesaria para sobrevivir, ni mucho menos para negarle su derecho a la vida, redacción que contempla el proyecto.

Y precisamente por esos fundamentos, es que los preceptos ya tantas veces mencionados del proyecto en análisis deben ser declarado inconstitucionales por este Excelentísimo Tribunal Constitucional, por contener en artículo primero (numeral 1 y 2 –salvo sus incisos quinto y séptimo), así como en los artículos 2 y 3, una serie de declaraciones que son opuestas a lo previsto en el artículo 1 de la Convención.

Lo anterior se refuerza si en el artículo 3 se expresa manifiestamente que los principios inspiradores son el respeto a la dignidad inherente, la no discriminación, y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad. Todos, consecuencia necesaria del reconocimiento de la dignidad del no nacido. Resultan contrarios a tal artículo las mismas disposiciones ya prevenidas (numeral 1 y 2 –sin contemplar el inciso 5 y 7- del artículo 1, así como en los artículos 2 y 3 del proyecto).

Pero como se ha enunciado, y en subsidio de todo lo ya dicho, la existencia de las normas anteriormente transcritas, también implican el deber de este Excelentísimo Tribunal de frente a la ambivalencia del reconocimiento a la calidad de ser humano y consecuente dignidad del no nacido (ambas situaciones que esta parte reconoce y otorga al *nasciturus*), velar por la conducta menos lesiva, procurando que, la sentencia sea lo menos lesiva posible en caso de que efectivamente la postura sostenida por estos requirentes sea la correcta.

Tal consideración ya fue acogida por esta instancia el año 2008¹¹², y sus efectos son

¹¹² Sentencia causa ROL Tribunal Constitucional N.º 740-07-CDS.

plenamente reconocidos por nuestra doctrina, en especial el que dice relación con el principio precautorio, donde no lográndose superar las estrictas reglas probatorias, el análisis cambia de plano hacia el que más favorezca al hombre, y le sea menos lesivo¹¹³.

La idea planteada lleva a este Excelentísimo Tribunal a un deber mínimo obligatorio de cumplimiento en su labor, y reconocer que no le es propio fijar hechos ajenos a su ciencia, y en ese sentido, la determinación de la vida y su inicio es un aspecto preferente del área biológica y médica, ambas especialidades que han reconocido que ésta principia a la fecundación, por ser la carga genética el aspecto único y diferenciador que permite determinar la existencia de un nuevo ser humano, que goza de protección.

En la aplicación de tal principio –en concordancia con los artículos 1 y 3 de la Convención–, es que resulta absolutamente necesario la declaración de inconstitucionalidad, por ser discriminatorias, de las disposiciones contenidas en su artículo 1 (en sus numerales 1, 2 –salvo incisos 5 y 7– y 3), así como en sus artículos 2 y 3, por generar en torno al aborto una prestación que concreta una discriminación (prohibida al tenor del artículo), y termina por legitimar una conducta derechamente lesiva hacia los derechos del no nacido, tal como ya se ha explicado.

Para que lo anterior sea concordante, debe estarse no sólo a lo ya señalado, sino que también al texto del proyecto en cuestión, y cuya materialización resulta en una total contradicción a esta Convención Internacional, pues precisamente en este punto se trata de dilucidar si efectivamente la calidad de no nacido quita la idea de no ser miembro de la especie humana, o por el contrario, la esencia de todas las personas es inamovible, y menos cuestionable en razón de consideraciones accidentales.

¹¹³ DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2008): La Píldora del día después: Principales aspectos de un fallo polémico e incómodo, en *Sentencias Destacadas: Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*, editado por Libertad y Desarrollo, pp. 69.121.

V. EL REAL ALCANCE DE LOS ACTUALES DERECHOS Y LIBERTADES DE LA MUJER QUE POSEE EN RELACIÓN CON SU PROPIO CUERPO Y SU INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA.

1.- Los derechos de la mujer no pueden ser considerados vulnerados por no otorgarles una protección absoluta e ilimitada.

Es necesario ser enfático en señalar que reconocemos expresamente los derechos de la mujer, en sus diversas manifestaciones, a saber; el derecho a la protección de su vida, el derecho a su integridad física y psíquica, el derecho a su libertad de conciencia y el derecho para llevar su vida (y su propia integridad, incluido su cuerpo físico) de la manera más propia en que ésta considere que debe ser hecho, todo, con pleno respeto a las normas mínimas de convivencia en sociedad.

Ahora bien, cabe la pregunta sobre si los derechos que existen y son reconocidos por estos requirentes, tienen realmente la dimensión que el legislador demuestra en el proyecto impugnado, en el sentido de ser real la existencia de un derecho “absoluto” e “inviolable” de la mujer sobre su propio cuerpo, a tal punto que esta pueda abortar en las tres causales, o si por el contrario, reconocida la pugna de derechos (de la mujer enunciados en el párrafo anterior, y del *nasciturus* –abordados latamente en este escrito), debe haber una adecuada ponderación.

En ese sentido, en primer término, debe señalarse que si efectivamente el argumento que se ocupa por parte de los idearios y promotores del texto impugnado, es el inviolable y absoluto derecho de la mujer (se señala de esta manera expresamente en el mensaje del proyecto), debe consecuentemente entenderse que no hay ninguna razón para restringir el proyecto a sólo 3 causales y a un determinado periodo de tiempo, ya que el derecho de la mujer es inviolable, luego, no oponible a nada más que a ella misma y a su libertad.

Lo señalado anteriormente sirve para reflejar la contradicción en la que cae el proyecto en sí mismo. Esta situación resulta grave, pues el propio conoce reconoce un derecho “inviolable”, pero a la vez, se genera una serie de límites que violan el derecho de la mujer. Esas limitaciones son un reflejo de la realidad: el que está por nacer es una persona que goza de protección, y en consecuencia, los verdaderos objetivos del proyecto son otros (como ya se ha señalado, la legalización y generación de una prestación).

Corolario de lo anterior, es que hay evidentemente un cruce de dos derechos; el de la madre en todas sus dimensiones, y del niño que está por nacer, que goza de protección a la vida. Ante tal cruce, cabe la pregunta de cuál derecho es menos lesivo y cuál puede eventualmente ser subsanado. La respuesta salta a la vista y no requiere de mayor análisis, la vida se antepone como una garantía que en su ejercicio no encuentra un símil, pues es piedra angular de cualquier otra libertad o derecho que pueda tenerse (sin vida no hay derecho a la integridad física, a la no discriminación, a la salud o educación, y un largo etcétera).

Y finalmente, debe señalarse que en ningún caso la legislación actual pide de las mujeres que estas sean mártires, a tal extremo que mueran con tal de que el niño que está por nacer. Tal escenario sólo sería una hipocresía en razón de lo ya expuesto. Así, debe tenerse presente la referencia ya hecha anteriormente en este libelo, en orden a considerar que por aplicación del principio de doble efecto, el acto indirecto producido como consecuencia de todos los esfuerzos médicos necesarios para salvar la vida de la mujer, no es, ni puede ser considerado un aborto, y por ende, ni puede perseguirse penalmente al médico, ni mucho menos a la mujer. **Esta situación en Chile no sucede y los organismos persecutores penales no buscan ni han buscado la sanción a las interrupciones del embarazo por aplicación del principio del doble efecto.**

Con todo, debe quedar irrestricta la afirmación de la existencia y respeto a los derechos y garantías de la mujer, lo cual no son sino precisamente manifestación de la dignidad que le es

propia. Misma dignidad que tiene el *nasciturus* para vivir.

2.- Ningún Tratado Internacional suscrito por Chile contempla dentro de los derechos que tiene la mujer, la existencia de un “derecho al aborto”.

Llegado este punto, no está de más mencionar que en ningún Tratado Internacional que Chile haya suscrito y se encuentre actualmente vigente, se garantiza un supuesto derecho al aborto, ni cualquier símil que pueda dársele.

En relación a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, por disposición expresa de nuestra Constitución, constituyen un límite al ejercicio de la soberanía y se encuentran fundamentalmente en dos fuentes formales: en la Constitución política de la república, y en los los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En ese sentido, se debe tener a la vista que de acuerdo a la Parte III, sección primera, de la Convención de Viena del Derechos de los Tratados, y en específico en lo que se refiere a la observancia de los tratos, el artículo 26 establece el principio “*pacta sunt servanda*” (Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe). A su vez, el artículo 27 (El derecho interno y la observancia de los tratados) dispone que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46, el cual dispone que “el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.” En resumen, lo que obliga al Estado, y cuya infracción significa situar a un sujeto de derecho internacional en situación de responsabilidad

internacional, es la inobservancia de un tratado internacional y no de las normas de rango inferior emanadas de otros institutos que dichos tratados pudiese contener. Este es el motivo por el cual en nuestro derecho interno, el excelentísimo Tribunal Constitucional no es competente para declarar inaplicable en el caso concreto una disposición contenida en un tratado internacional.

Así, y tal como lo ha sostenido Aldunate, “al menos desde la perspectiva de la práctica constitucional chilena, la única fuente que permite explicar la función del tratado como texto normativo en el orden interno parece radicar en el decreto promulgatorio del mismo por el Presidente de la República, y la orden contenida en el mismo, de dar cumplimiento al tratado”¹¹⁴. De ahí que la fuerza obligatoria radique en la promulgación del Presidente de la República del respectivo tratado internacional y no de documentos de otros institutos que el tratado contenga (como organismo de vigilancia) a excepción de las sentencias de los tribunales internacionales contenidos en los mismos tratados y sólo para el caso en que los Estados sean parte en el litigio que se tratare.

De esta manera, es importante constatar que el aborto, como acción cuya consecuencia es la interrupción del embarazo, no se encuentra tratado explícitamente en ninguno de los acuerdos y convenciones internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

A mayor abundamiento, aún si dicha consagración existiera, la jurisprudencia reciente de este excelentísimo Tribunal (contenida en la sentencia Rol 2703-2016) ha sostenido que “Asimismo, esta Magistratura ha puntualizado que los tratados internacionales no constituyen, *per se*, parámetros autónomos de control de constitucionalidad, en el sentido de habilitarla directamente para contrastar su sentido y alcance con los preceptos legales que presuntamente

¹¹⁴ ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2010): “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes el ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, *Ius et Praxis*. Vol. 12. N.º 2 p.185.

los contrarían. Para que esta operación fuera jurídicamente válida, sería necesario que aquellos instrumentos estuvieran dotados de rango constitucional en cuanto fuentes formales de Derecho Constitucional, y no adquirirla por vía simplemente indirecta, a través de la remisión que a ellos formula el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental” (STC Rol N° 2265, c. 8°).

Distinto es que se reconozca que los órganos del Estado tienen el deber de respetar y promover los derechos asegurados tanto por la Constitución cuanto por los tratados internacionales de derechos humanos –como es el caso de la CIDPD-, pues en caso de que así no ocurra, lo que se configura es una infracción al artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, tal como se desprende de lo razonado en sentencia Rol N° 2387, cc. 12° y 13°.

No puede, por tanto, afirmarse que exista algún tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentre vigente que confiera un “derecho” al aborto y tampoco que Chile esté en “deuda” o haya infringido alguna disposición internacional al no consagrarlo.

3. El espíritu jurídico de Chile no ha sido el de la persecución penal de la mujer, y, por el contrario, se han ido reconociendo sus garantías.

Chile ha tenido históricamente un Código Penal que prohibía el aborto. Esta situación no ha implicado –cómo algunos lo han señalado- que estemos en presencia de una persecución por parte de fiscales, policías y carabineros hacia la mujer que aborta (muy por el contrario, nuestra ley reconoce que muchas veces esta es una situación límite, que la mujer realice en un estado de abandono y miedo, y en consecuencia, nuestros tribunales son unánimes en la aplicación de atenuantes en orden a determinar la sentencia dictada contra la mujer, cuando esta ha llegado a ser formalizada).

En ese sentido, la mayoría de los casos en los que sí ha existido una persecución penal por parte de las instituciones, se ha tratado de situaciones manifiestas de comisión del delito (abortos

recurrentes causados durante la vida de una mujer, sin importarle su edad gestacional o cuando el aborto es realizado por un facultativo médico, evidentemente, al margen de la legalidad).

Esto es relevante, pues debe tenerse presente que nuestra legislación no es “prehistórica” o “arcaica”, como muchos lo han señalado en orden a negar los derechos de la mujer, sino que, muy por el contrario, han –en aplicación de la ley- enfocado sus esfuerzos racionalmente hacia las situaciones que efectivamente constituyen un abuso del tipo, y protegido en la medida que convivencia entre los derechos en pugna, sin negar una protección debida a la mujer, pero sin catalogar los derechos que posee como absolutos e inviolables.

VI CONCLUSIONES DEL REQUERIMIENTO SOMETIDO A CONOCIMIENTO DE ESTE EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL.

1. El proyecto desde el Mensaje aborda un interés exclusivo: el de la mujer gestante como un absoluto. Niega y no se refiere a la condición que tiene el no nacido, lo que implica que no las situaciones que efectivamente constituyen un abuso del tipo, y protegido en la medida que la actual ley lo permite- a la mujer cuando el aborto se ha producido en situaciones de abandono v/o vulnerabilidad. Esta interpretación sin duda es la más apropiada pues genera una adecuada exista una adecuada apreciación de los efectos que el proyecto tiene sobre las personas afectadas. Por lo demás, de la redacción del texto impugnado se desprende inequívocamente que esta no es una mera despenalización, sino que se trata de una legalización, que asegura a la mujer una prestación, y una serie de derechos, así como un conjunto de obligaciones para el Estado, los Tribunales de Justicia, la Superintendencia de Salud, el Ministerio de Salud, los prestadores de salud, los médicos, los directores de hospitales, entre otros, todo lo cual, no hace sino desnaturalizar (y evidenciar) el verdadero efecto del proyecto.

2. El texto que ha aprobado el legislador no puede –como algunos sostienen- considerarse una causal de justificación ni mucho menos una causal de extinción de responsabilidad penal,

más por el contrario, en ámbito penal sus efectos son exclusivamente los de descriminalizar una conducta bajo una serie de requisitos. Con todo, el legislador penal excede su mandato, modificando una serie de otras legislaciones, en aras de asegurar la efectividad de la prestación que se ha legalizado. Lo anterior sólo redundaría en que la mujer gestante sea tratada como una usuaria con derechos de acceso, oportunidad y eficiencia frente a una intervención en la cual – pareciera- existir una sola paciente, y se niegan los derechos y dignidad del no nacido.

3. Los preceptos del proyecto impugnados contravienen lo dispuesto en el artículo 19 N.º 1, incisos uno y dos de nuestra Constitución, por cuanto niegan los derechos constitucionales de protección de la vida e integridad física y psíquica al ser humano que está por nacer. Lo anterior, toda vez que el ser humano es sujeto de protección desde la concepción, por ser la vida humana un hecho biológico definido por la ciencia, a la luz de los argumentos esgrimidos.

4. La idea señalada de que la concepción del ser humano es el hito en virtud del cual se está en presencia de una persona humana no es una situación aislada, reciente o puntual, sino que como se ha señalado, ha sido –y actualmente es- reconocida por una serie de leyes chilenas, por proyectos de ley actualmente en tramitación, por nuestros Tribunales Superiores de Justicia, por este propio Excelentísimo Tribunal, e incluso por los órganos de la administración del Estado, y por supuesto, por la Constitución. Todo lo anterior redundaría en reconocer la realidad como en efecto es, y por tanto que desde la fecundación se está en presencia de un sujeto protegido **por el ordenamiento jurídico chileno (en su totalidad)**, y no es una afirmación que se sostenga sólo en este libelo.

5. La redacción anterior de protección la vida del que está por nacer debe compatibilizarse con el principio de unidad de la Constitución. Así, la obligación de protección incluye al que está por nacer, pues la protección de los derechos fundamentales se adscribe a personas y no a cosas, situación que este Excelentísimo Tribunal ya ha establecido previamente. Con todo, al examen particular, se termina por revelar que cada una de las causales que el texto del proyecto

impugnado contempla para abortar es una contravención evidente al artículo 19 N.º 1 de nuestra Constitución

6. La construcción prestacional que el texto propone queda en evidencia al examen del numeral 1 y 2 del artículo primero del proyecto, al establecerse una serie de derechos y obligaciones en torno a la mujer y terceros, que incluso llegan a ser protegidas a través de acciones jurisdiccionales y permitidas a menores de 14 años, entre otras figuras que se han detallado en extenso. Misma idea de intervención médica como prestación se recoge en los números 3 y 4, y artículos 3 y transitorio del proyecto impugnado, por continuar concretando los derechos de acceso, oportunidad y efectividad del aborto. A su turno, el artículo 2 del texto del proyecto descarta la existencia de una vida, siendo que lo que realmente debería existir es una adecuada ponderación de intereses.

7. En un sentido similar es que debe señalarse que todos los artículos impugnados contravienen lo señalado en el artículo 1 inciso 4.º (por negar manifiestamente la servicialidad del Estado al no cautelar sus derechos), el artículo 5 inciso 2.º (por cuanto ha quedado en evidencia que, en el ejercicio de la soberanía, se han vulnerado los derechos esenciales del no nacido), el artículo 6.º inciso 2.º (por cuanto los órganos encomendados no han cumplido los preceptos constitucionales que les son obligatorios, de la forma en que ya se ha señalado) y el artículo 19 N.º 26 de nuestra Constitución (toda vez que el derecho a la vida del que está por nacer en caso de aborto desaparece completamente y es irreconocible, con lo que se afecta necesariamente en la esencia tal derecho).

8. Por otra parte, las disposiciones del proyecto en sus numerales 1, 2 y 3 del artículo 1º vulneran la igualdad ante la Ley, prevista en el artículo 19 N.º 2 de nuestra Constitución, toda vez que no existe una verdadera igualdad en la aplicación de las normas, siendo que existe una igualdad de circunstancias de los afectados, vislumbrándose patentemente una discriminación arbitraria. Así, niega a unos –sin motivo plausible– la protección del derecho a la vida, genera una

categorización de seres humanos en distintas “clases” según su viabilidad, cataloga de no merecedora de protección la vida producida como consecuencia de una violación, distingue otorgando o negando privilegios esenciales- a seres humanos según su edad gestacional, entre otras situaciones que terminan por negar tal derecho.

9. Sobre la supuesta libertad de conciencia, debe señalarse que el texto del proyecto impugnado en su artículo 1° numeral 3 (objeción de conciencia), contraviene lo prevenido en el artículo 19 N.° 16 de nuestra Constitución, en el sentido de estar limitado (arbitrariamente) sólo a unas personas, sin expresarse el fundamento detrás de tal atropello a la libertad de personas que indirectamente pueden incidir en el aborto, y a su vez, se encuentra atrofiado, pues a quienes se les menciona como portadores de la posibilidad de objetar, se les pone una serie de limitaciones que en el fondo alteran sustancialmente la esencia del derecho.

10. Además de lo anterior, el artículo 1 N.° 1 en sus incisos 10, 11 y final, y el artículo 1 N.° 3 del proyecto impugnado son contrarios igualmente a nuestra Carta Fundamental, en sus artículos 1 (inciso 3) y 19 (N.° 15 inciso primero). Esto es tal desde que al establecer un sistema prestacional obligatorio y exigible, se fuerza a los sistemas de salud público y también privado a otorgar tal intervención, negando la posibilidad de que ciertas instituciones privadas puedan abstenerse de realizarla cuando consideren que tal práctica resulta contrario a los ideales y consideraciones ideológicos que unen a los particulares tras la institución, y cuya autonomía se ve violentada, así como los derechos de los particulares de asociarse, pues de nada sirve una asociación por ciertos ideales comunes, si el Estado obliga a ir contra tales valores, y no da la oportunidad a los privados de negarse a otorgar la prestación.

11. Las disposiciones del proyecto que han sido objetadas son, además, manifiestamente contrarias a una serie de tratados internacionales que Chile ha suscrito. Tales discrepancias no permiten, de suyo, declarar estas disposiciones inconstitucionales, pero sí complementan lo explicado acerca de importantes derechos afectados en la especie. En primer término, son

contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos, que consagra expresamente que la protección del derecho a la vida inicia desde la concepción e igualmente dispone la prohibición de discriminación arbitraria de los seres humanos. Además, la señalada Convención asegura la libertad religiosa y de conciencia de las personas, así como su derecho a asociarse en promoción y desarrollo de sus ideales. En segundo lugar, el Pacto de San José de Costa Rica también aboga la protección del derecho a la vida de todos los seres humanos, sin ningún tipo de discriminación.

12. En el mismo sentido, la Convención de los Derechos del Niño señala en su preámbulo que debe entenderse por niño –y, en consecuencia, sujeto de protección en sus garantías- a los menores desde el momento de la concepción, por lo que éstos también gozan de tutela en sus derechos –como la vida, la no discriminación por nacimiento o discapacidades, entre otras. En un sentido similar la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad prohíbe manifiestamente una discriminación por consideraciones accidentales al ser humano. Contrario a todos los Tratados Internacionalmente señalados, resulta contrario el proyecto en su totalidad, haciendo hincapié en las distinciones que ya se realizaron anteriormente.

13. Todo lo anterior, es sin perjuicio del reconocimiento de derechos y prerrogativas que tienen las mujeres en nuestro país, pero que no alcanzan el extremo de consagrar la existencia de un “derecho al aborto”, ni mucho menos pedirles que sean “mártires”, sino que se trata de una adecuada ponderación y equilibrio entre los derechos en conflicto, reconociendo la dignidad de ambos seres humanos existentes en caso de un embarazo.

14. Por todo, las disposiciones del proyecto contenidas en el artículo 1° numeral 1 completo, numeral 2 –a excepción de sus incisos 5 y 7-, numeral 3 y numeral 4, así como en sus artículos 2°, 3° y transitorio, necesariamente debe ser declaradas inconstitucionales, por contravenir nuestra Carta Fundamental en su Artículo 1° inciso 3° y 4°, Artículo 5° inciso 2°, Artículo 6° inciso 2°, Artículo 19 en sus numerales 1° (incisos 1 y 2), 2°, 6° (inciso 1°), 15 (inciso 1°) y 26.

POR TANTO,

PEDIMOS A US. EXCMO.: tener por deducido, en la investidura que se ha invocado, representando en conjunto más de una cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados, dentro de plazo, para todos los efectos y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 93 número 3 y 93 inciso cuarto de la Constitución Política de la República, y en los artículos 61 y siguientes de la ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, requerimiento de inconstitucionalidad en contra del Artículo 1° N.° 1 en su totalidad, N.° 2 en sus incisos 1, 2, 3, 4 y 6, N.° 3 en su totalidad, N.° 4 en su totalidad, y de los artículos 2°, 3° y artículo transitorio, éstos en su totalidad, todos correspondientes al proyecto de ley que “Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”, contenido en el boletín N.° 9895-11, por los vicios que se indican y por los fundamentos que se han expuesto en esta presentación, admitirlo a tramitación, declararlo admisible, y en definitiva, acogerlo y declarar, **total o parcialmente**, que dichos preceptos son inconstitucionales por contrariar de manera grave y flagrante el texto de la Constitución Política de la República.

PRIMER OTROSÍ: Sírvase US. Excma., tener presente que este requerimiento cumple todos los requisitos de admisión a trámite y de admisibilidad que, al efecto, exige la Constitución Política de la República y la ley Orgánica Constitucional respectiva. Pasemos a revisar, primeramente, el cumplimiento de los requisitos de admisión a trámite del requerimiento.

1. El requerimiento satisface todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación.

El presente requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea acogido a tramitación por este Excmo. Tribunal, los que se desprenden de los artículos 63 y 65 de la ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ya que:

i. Expone claramente los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo.

En efecto, en los capítulos II, III, IV, V y VI se desarrolla de modo razonado y completo, fundándose en doctrina y jurisprudencia nacional y comparada, los fundamentos de hecho y derecho en que se sustenta.

ii. Señala con precisión la cuestión de constitucionalidad y los vicios que se aducen, identificando claramente las normas que se estiman infringidas. En el cuerpo principal de este requerimiento hemos señalado, precisamente, cuáles son los preceptos impugnados del proyecto de ley y cuáles son las normas constitucionales infringidas. Así, se ha dicho que los preceptos impugnados son: artículo 1° N.° 1 en su totalidad, N.° 2 en sus incisos 1, 2, 3, 4 y 6, N.° 3 en su totalidad, N.° 4 en su totalidad, y de los artículos 2°, 3° y artículo transitorio, éstos en su totalidad, todos correspondientes al proyecto de ley que “Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”, contenido en el boletín N.° 9895-11, por ser manifiestamente contrarios a la Constitución Política de la República de Chile, en especial a sus artículos 1° incisos 3.° y 4.°, 5° inciso 2.°, 6° inciso 2.°, 19 en su números 1 inciso 1.° e inciso 2.°, 2, 6 inciso 1.°, N.° 15 inciso 1.° y N.° 26.

iii. Se debe tener presente, que las disposiciones impugnadas se encuentran contenidas en el Oficio N.° 13.433, por medio del cual el Presidente de la Cámara de Diputados comunica al Presidente del Excelentísimo Tribunal Constitucional que el proyecto de ley que “regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”, correspondiente al boletín N.° 9895-11, se encuentra totalmente tramitado al día 3 de agosto de 2017.

iv. La discrepancia constitucional, además, ha sido manifestada en innumerables ocasiones durante el trámite legislativo, oportunidad en la cual se han realizado expresas reservas de constitucionalidad. Sin perjuicio de que ella no sea necesaria ni exigida por la Constitución Política de la República o por la ley Orgánica del Tribunal Constitucional (STC 1361, c. 6),

conviene hacer presente que las normas impugnadas han sido objeto de reserva de constitucionalidad en sesiones ordinarias de la Cámara de Diputados, y en informes de las comisiones respectivas, como consta en la minuta acompañada en el segundo otrosí de este requerimiento.

v. **Se acompaña el proyecto de ley, con indicación precisa de las partes impugnadas, en el segundo otrosí de esta presentación.** Se demuestra así que se han cumplido todos los requisitos exigidos para que el presente requerimiento sea acogido a tramitación.

2. **El requerimiento cumple con todos los requisitos necesarios para que sea declarado admisible.**

Verificado el cumplimiento de los requisitos necesarios para ser acogido a trámite, corresponde ahora referirse a la admisibilidad del requerimiento. En esta materia esta presentación cumple con todos los requisitos señalados por la Constitución y la ley, ya que:

i. Ha sido formulado por un órgano legitimado.

En efecto, el requerimiento ha sido presentado por treinta y seis Diputados, que representan más de una cuarta parte de los Diputados en ejercicio, tal como lo certifica el Secretario General de la Cámara de Diputados, mediante certificado de fecha 20 de julio del presente año, que se incluye en el tercer otrosí de esta presentación.

ii. Ha sido deducido en tiempo oportuno.

El proyecto que contiene las normas impugnadas ha sido tramitado por el Congreso y enviado el correspondiente oficio, por parte del señor Presidente de la Cámara de Diputados al

señor Presidente de este Excmo. Tribunal con fecha 3 de Agosto, por lo que este requerimiento ha sido presentado oportunamente, dentro del plazo de cinco días que se cuenta a partir de tal momento, para hacerlo.

Por tanto, como US. Excma. puede apreciar, se cumplen en el presente caso los requisitos de admisibilidad del requerimiento que han establecido la Carta Fundamental y la ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

SEGUNDO OTROSÍ: Se sirva US. Excma., tener por acompañados los siguientes documentos, en la forma legal:

a) Copia del Mensaje número 1230-362 mediante el cual la Presidenta de la República inicia el proyecto de ley que “regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”, correspondiente al boletín N° 9895-11, del cual se impugnan, como se ha señalado en el cuerpo del escrito, los artículos artículo 1° N.° 1 en su totalidad, N.° 2 en sus incisos 1, 2, 3, 4 y 6, N.° 3 en su totalidad, N.° 4 en su totalidad, y de los artículos 2°, 3° y artículo transitorio, éstos en su totalidad.

b) Copia informe de la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, recaído en el Proyecto de Ley Boletín N° 9895-11, debidamente autenticado.

c) Copia informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, recaído en el Proyecto de Ley Boletín N° 9895-11, debidamente autenticado.

d) Copia informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, recaído en el Proyecto de Ley Boletín N° 9895-11, debidamente autenticado.

e) Copia informe Comisión de Salud del Senado, recaído en el Proyecto de Ley Boletín N° 9895-11, debidamente autenticado.

f) Copia informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el Proyecto de Ley Boletín N° 9895-11, debidamente autenticado.

g) Copia informe Comisión de Hacienda del Senado, recaído en el Proyecto de Ley Boletín N° 9895-11, debidamente autenticado.

h) Copia segundo informe de la Comisión de Salud del Senado, recaído en el Proyecto de Ley Boletín N° 9895-11, debidamente autenticado.

i) Copia segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el Proyecto de Ley Boletín N° 9895-11, debidamente autenticado.

j) Minuta en la que constan las reservas de constitucionalidad formuladas durante el debate parlamentario a los artículos impugnados en este requerimiento.

k) Copia autenticada del Oficio 12.408 por medio del cual el Presidente de la Cámara de Diputados comunica al Presidente del Senado que la Cámara de Diputados ha tenido a bien prestar su aprobación al proyecto de ley que “regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”, correspondiente al boletín N.º 9895-11.

l) Copia autenticada del informe N° 150/SEC/17 por medio del cual el Presidente del Senado comunica al Presidente de la Cámara de Diputados, las modificaciones efectuadas por dicha corporación.

m) Copia informe de la Comisión Mixta, recaído en el Proyecto de Ley Boletín N° 9895-11, debidamente autenticado.

n) Copia autenticada del Oficio 13.433 por medio del cual el Presidente de la Cámara de Diputados comunica al Presidente del E. Tribunal Constitucional que ha quedado totalmente tramitado el Proyecto de Ley correspondiente al boletín N.° 9895-11. En dicho oficio se incluye el texto definitivo del proyecto, el cual se reproduce en este escrito, indicando expresamente qué normas se objetan de él.

ñ) Informe “Defensoría de los Derechos de la Niñez. Antecedentes jurídicos y modificaciones incorporadas en primer trámite, de Paola Truffello, de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

TERCER OTROSÍ: Teniendo en consideración que sólo en los últimos días ha quedado completamente tramitado el proyecto cuya inconstitucionalidad se solicita, y en consecuencia, aún no se encuentran disponibles las respectivas actas de sesiones de ambas cámaras del Congreso, en las cuales se aprueba el informe de la comisión mixta, es que venimos en pedir a S.S.E. tengan a bien presentar tales documentos con posterioridad.

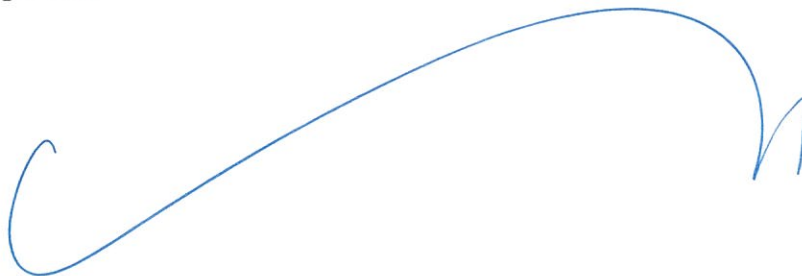
CUARTO OTROSÍ: Sírvase US. Excma., tener por acompañado el certificado del Secretario General de la Cámara de Diputados, don Miguel Landeros Perkic, que acredita que las firmas estampadas en el presente requerimiento son efectivamente de los Diputados comparecientes, y que señala que estos constituyen más de un cuarto de los Diputados en ejercicio de esta Corporación, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 93 N° 3 y, al inciso cuarto, del mismo precepto de la Carta Fundamental.

QUINTO OTROSÍ: De conformidad a lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, solicitamos a US. Excma., disponer que se oigan alegatos de

SEXTO OTROSÍ: Solicitamos a US. Excma., que, dada la innegable trascendencia de la materia sometida a la consideración del Excelentísimo Tribunal Constitucional, y de acuerdo al artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se nos conceda la posibilidad de alegar sobre el fondo del presente requerimiento.


SÉPTIMO OTROSÍ: Solicitamos a US. Excma., que disponga la realización de audiencias públicas, atendida la indudable relevancia social de la controversia, con el objeto de que los interesados puedan plantear sus opiniones y argumentos en relación a este requerimiento.

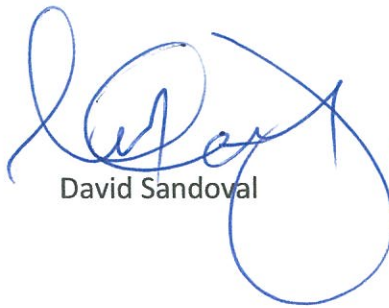
OCTAVO OTROSÍ: Para los efectos de la tramitación de este requerimiento, designamos como nuestra representante a la Diputada señora Claudia Nogueira Fernández, domiciliada para estos efectos en el Congreso Nacional, Avenida Pedro Montt s/n, comuna y ciudad de Valparaíso, y otorgamos patrocinio y poder a la abogada habilitada para el ejercicio de la profesión, doña **ÁNGELA VIVANCO MARTÍNEZ**, cédula nacional de identidad n° 8.770.728-8, investida de las facultades de ambos incisos del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil, domiciliada para estos efectos en calle Cerro El Plomo 5855, oficina 1706, Las Condes Santiago, forma de notificación al correo electrónico avivanco@mackennacruz.cl, quien firma en señal de aceptación.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a large, sweeping loop followed by a smaller, more defined loop, ending in a short vertical stroke.

8

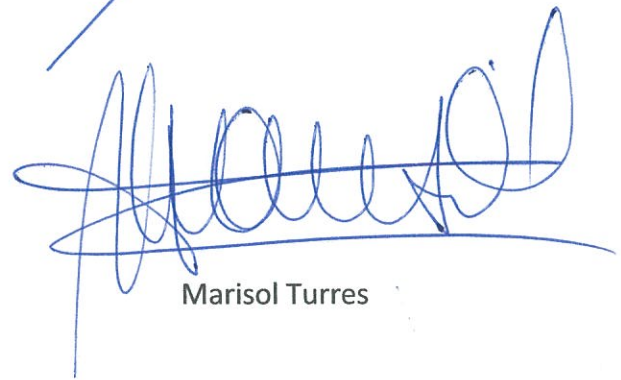
 ✓
Felipe Ward

 ✓
Arturo Squella

 ✓
David Sandoval

 ✓
Renzo Trisotti

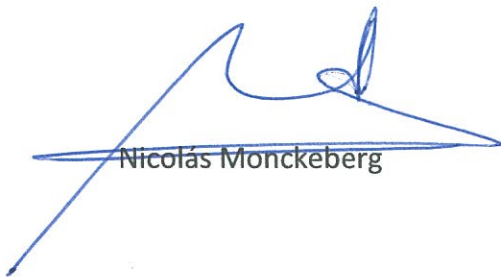
 ✓
Alejandro Santana

 ✓
Marisol Turres

 ✓
Ernesto Silva

 ✓
Jorge Ulloa





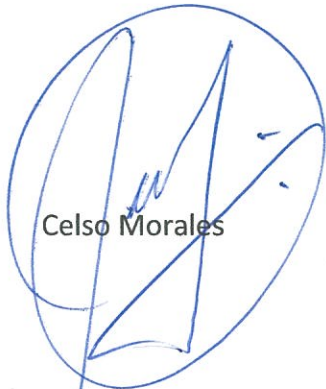
Nicolás Monckeberg

✓.



Paulina Núñez

✓.



Celso Morales

✓.



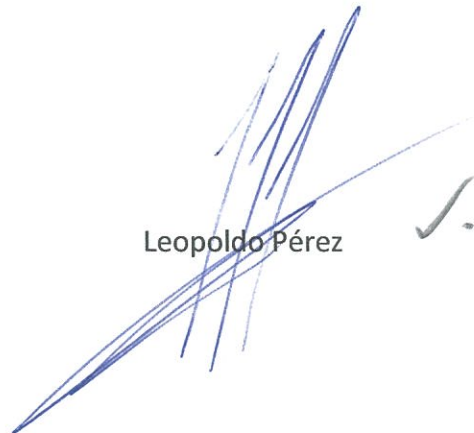
Diego Paulsen

✓.



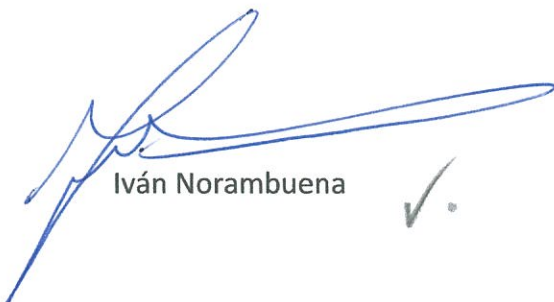
Claudia Nogueira

✓.



Leopoldo Pérez

✓.



Iván Norambuena

✓.



Jorge Rathgeb

✓.





Bernardo Berger ✓

Ramón Barros ✓

Juan Antonio Coloma ✓

Germán Becker ✓

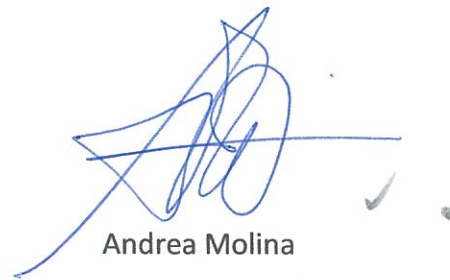
Jaime Bellolio ✓

José Manuel Edwards ✓

2



Patricio Melero ✓



Andrea Molina ✓



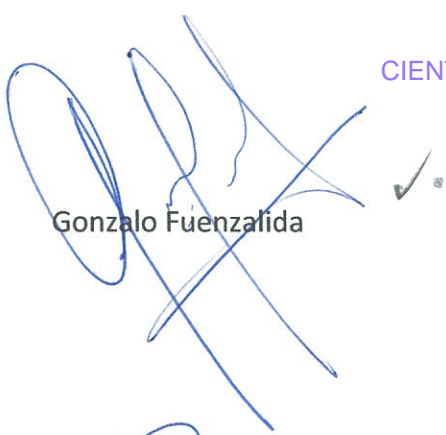
Javier Macaya ✓



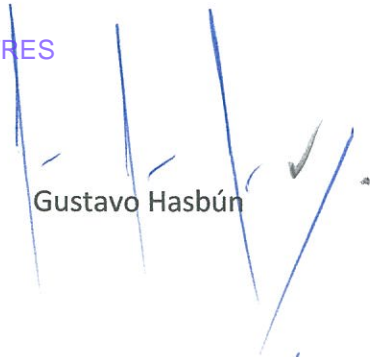
Cristián Monckeberg ✓

64





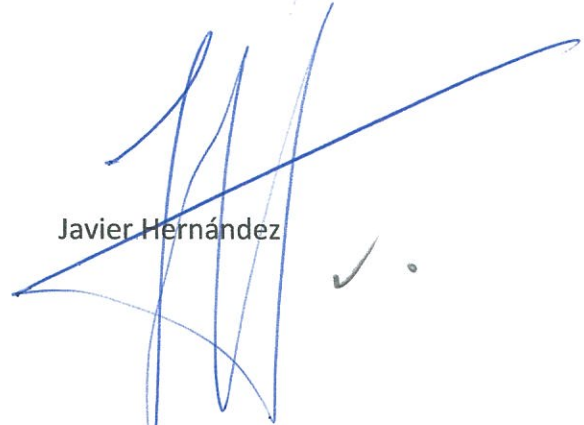
Gonzalo Fuenzalida ✓



Gustavo Hasbún ✓



Sergio Gahona ✓



Javier Hernández ✓



María José Hoffmann ✓



José Antonio Kast ✓

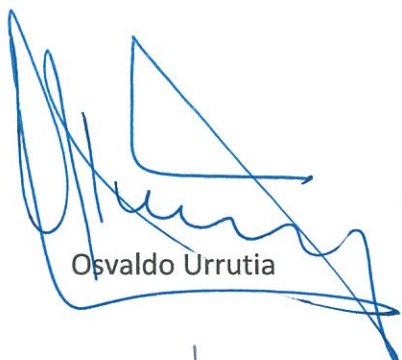


4



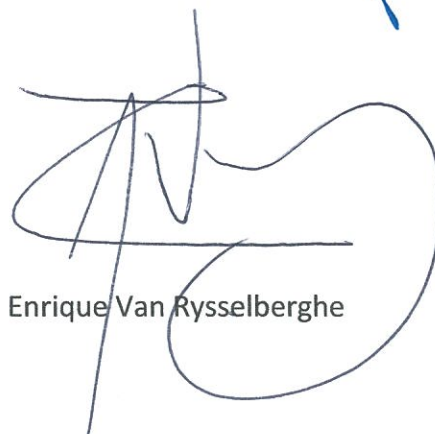
✓.

Ignacio Urrutia



✓.

Osvaldo Urrutia



✓.

Enrique Van Rysselberghe



✓.

Germán Verdugo

