

RAZONES SISTEMÁTICAS, MÁS UN ARGUMENTO TEÓRICO, PARA RECHAZAR LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE ABORTO EN TRES CAUSALES EN CHILE*

SYSTEMATIC REASONS, AND A THEORETICAL ARGUMENT, TO REJECT CONSTITUTIONALITY OF ABORTION PROPOSED BILL IN CHILE

RAÚL MADRID RAMÍREZ**

RESUMEN: El trabajo tiene por objeto formular un argumento específico para rechazar el proyecto de ley que despenalizaba el aborto en tres causales –hoy convertido en ley–: su incoherencia con el texto de la Constitución, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la ley civil y todos los mecanismos normativos vinculados con los operadores jurídicos. Se trata, por lo tanto, de una justificación que apela al requisito de relación lógica entre las partes o elementos del sistema jurídico, de tal modo que no se produzca contradicción ni oposición entre ellas. Para ello, se citan diversos ejemplos de producción normativa y jurisprudencial, que permiten concluir que el proyecto en comento resulta extraño al ordenamiento jurídico chileno.

Palabras clave: Aborto. Tribunal Constitucional. Coherencia del sistema jurídico.

ABSTRACT: The paper seeks to state a very specific argument to reject the proposed abortion bill in Chile. This bill has today become current law. The argument was its intrinsic inconsistency with the Constitution, the precedents of the Constitutional Court, the civil law, and all normative structures related to the use of Chilean legal system. The reason argued relies ultimately on the logic relation requirement between parts or elements of a legal system, so that there should exist no contradiction nor opposition between norms and their interpretation. In order to demonstrate the point, several norms and sentences are quoted, so the reader can realize that the aforementioned bill is alien to Chilean legal system.

Keywords: Abortion. Constitutional Court. Legal system consistence.

Me voy a centrar, en este breve trabajo, en una causal de inconstitucionalidad de carácter técnico-jurídico, relativa al mecanismo de interpretación para abordar la conducta

* El presente trabajo se basa en el texto que el autor expusiera ante el Excmo. Tribunal Constitucional de la República de Chile el día 17 de agosto de 2017, con ocasión de la convocatoria para escuchar a los interesados por parte del mismo Tribunal, a propósito del recurso de inconstitucionalidad en contra del Proyecto de ley para despenalizar el aborto en tres causales. El autor actuó entonces en representación de la Organización No Gubernamental ISFEM, Investigación, Estudios y Formación de la Mujer.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor Titular de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Avda. Libertador Bernardo O'Higgins N° 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: rmadrid@uc.cl

central considerada por el entonces Proyecto de ley¹ que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, a saber, la inconstitucionalidad de permitir o autorizar, con el apoyo del Derecho, la realización de acciones positivas destinadas a producir la muerte de la criatura humana que se encuentra en el vientre materno².

Como cuestión previa, y antes de proceder al desarrollo de la argumentación sistemática por la cual parece erróneo aprobar una ley de interrupción voluntaria del embarazo en cualquier causal en el Derecho chileno, expondremos el argumento teórico por el que, de un modo esencial, directo y positivo, parece que existe obligación moral y jurídica general, abstracta e inexcusable no solo de respetar la vida del *nasciturus* en cualquier sistema jurídico, sino, además, de llevar a cabo todas aquellas conductas destinadas a cuidar y proteger su vida, su salud y su integridad, incluso en los estadios más primarios de su existencia corpórea. Esta referencia previa que formulamos al fundamento de derecho natural de la vida que posee el no nacido –aunque carezca todavía de los atributos en acto que son necesarios para exigirlo por sí mismo–, tiene por objeto hacer notar que, si bien el debate técnico-jurídico que constituye la médula de la presente propuesta es un sólido argumento contra la vigencia del proyecto concreto que ahora discutimos, no es el principal ni el más sustantivo, sino uno que responde al orden de verdades concatenadas que constituyen la realidad, pues como recordara en su momento Santo Tomás de Aquino, los fragmentos de verdad no pueden ser contradictorios.

El argumento es el siguiente:

a) La naturaleza de un ente puede reconocerse a través de sus accidentes sensibles (es decir, su aspecto exterior y material), pero no son los accidentes sensibles los que determinan que algo sea o no sea lo que es, porque entonces las cosas reales perderían su entidad al mudar sus accidentes, cosa que de hecho no ocurre. Los accidentes siguen necesariamente a la substancia, porque la forma de la substancia determina las formas accidentales que un determinado ente puede tener, de tal modo que un perro posee accidentes caninos, y un gato, accidentes felinos. De esto se deduce que lo que hace que algo sea lo que es y no otra cosa distinta es la forma substancial, no las formas accidentales de cada ente concreto.

b) Los accidentes corpóreos de un ente pueden estar en acto o en potencia. Si los accidentes se encuentran en potencia, lo que media entre su potencialidad y su actualidad es el mero paso del tiempo, tanto si se trata de propiedades (por ejemplo, el desarrollo pleno del órgano cerebral) como de accidentes eventuales (el exceso de melanina en la piel durante el verano). La línea de continuidad entre el accidente en potencia y el accidente en acto es la forma substancial del ente, sin la cual es imposible que la actualización de una potencia se produzca, en la medida en que todo lo que se mueve, se mueve a través de algo previamente en acto; pero también porque es la substancia la que admite al accidente, según lo que ella misma es.

c) Así, de que los atributos exteriores de un ente no se encuentren en acto no se puede deducir que ese ente no sea una cierta cosa. La respuesta entonces dependerá de la

¹ Actual LEY N° 21.030.

² Este proyecto fue presentado por el Ejecutivo de Michele Bachelet el 31 de enero de 2015, Boletín N° 9.895-11.

naturaleza de la forma substancial de ese ente. Esto quiere decir que del hecho de que el embrión humano no tenga el aspecto exterior de un ser humano terminado, no se puede concluir que no sea un ser humano. Por el contrario, la circunstancia de ser el producto de la unión de un hombre y de una mujer, miembros de la especie humana, no puede sino hacer que herede dicha condición. Se hace preciso, por lo tanto, atender a la forma substancial del *nasciturus*, como causa directa de su humanidad.

d) Pero para conocer cuáles son las características de la forma substancial o alma del embrión (la idea de “alma” apunta a la forma substancial del cuerpo organizado), es preciso atender al *nasciturus* una vez que se ha independizado de la madre, y realiza acciones con forma propia; no es posible hacerlo antes. El embrión en su forma extrauterina, niño, adolescente o adulto, es capaz de realizar una serie de actividades de naturaleza espiritual, como consta simplemente por la experiencia, de tal modo que no requieren de demostración.

e) Sin embargo, los atributos espirituales indican, evidentemente, la presencia de un espíritu, es decir, de una substancia que sea pura forma, pues atendiendo al principio de causalidad, todo efecto tiene necesariamente una causa. El alma de un ser que piensa en abstracto solo puede poseer una naturaleza espiritual; no puede consistir simplemente en un orden inmanente de la materia, como las almas vegetativas o sensibles, porque entonces sería incapaz de volver sobre sí misma y comprender de modo universal, cosa que de hecho hace, como consta sin necesidad de demostración.

f) Ahora bien, si un ente es espiritual en el presente, lo fue necesariamente en el pasado y también lo será en el futuro, porque la espiritualidad de un ente es una condición que radica en el principio formal, y por lo tanto acompaña al ser durante toda su existencia. Si bien la materia también integra la unidad del ente singular, sería imposible que la naturaleza espiritual se originara en ella, porque nada puede producir algo superior a sí mismo. La forma es un co-principio constitutivo de todo existente, lo que implica que los entes son lo que son desde que están constituidos como tales.

g) Ahora bien, si un ser es puramente material, el movimiento mismo de la materia puede llevarlo a mutar según las circunstancias, incluso hasta hacerlo variar de especie (como un dinosaurio que se transforma en ave, con el paso del tiempo); pero el movimiento de la materia no puede ni crear ni suprimir la condición espiritual, porque se encuentra fuera de su alcance. La mutación no ocurre en el principio espiritual de los seres espirituales, en los cuales podrá cambiar su materia solo de modo accidental, sin que pueda llegar a producir un cambio substancial, salvo en el caso de la transgresión del límite de la *minima naturalia*, en cuyo caso el ser concreto muere, y su espíritu subsiste en un plano distinto al de su existencia encarnada.

h) Así, si un ser demuestra en los hechos ser espiritual en algún instante, tal constatación indica que posee una forma espiritual, y en consecuencia ha sido, es y será espiritual hasta que el cuerpo no pueda soportar más esa alma, y entonces el espíritu salga de dicha materia.

i) Si en algún momento de su desarrollo, el cuerpo de ese ente no se encuentra todavía preparado para canalizar la actividad de las facultades espirituales (inteligencia y voluntad), ello indica simplemente dos cosas: 1) Que la materia requiere del paso del tiempo

para ser capaz de soportar la operación de dichas facultades, de tal manera que si el desarrollo no se interrumpe –por ejemplo, por el aborto–, ese cuerpo alcanzará el instante en que tenga las facultades superiores operativas, y que 2) dichas facultades, durante ese tiempo, no se encuentran en potencia en el sujeto, sino solo *in habitu*. Es decir, no están *in actu*. Esto quiere decir que las facultades superiores se encuentran actualmente en el sujeto (por ejemplo, el embrión), pero de modo habitual, es decir, en cuanto propias del alma y presentes en ella. Como el órgano mediante el cual se van a expresar no se encuentra todavía lo suficientemente desarrollado, dichas facultades no pueden estar actualmente en acto, lo que no significa que no estén allí, como la facultad de ver en el alma, por ejemplo, de quien tiene el ojo estropeado.

j) De este modo, desde que el nuevo ser humano posee una entidad biológica y genética distinta del cuerpo de los padres, y se ha constituido como una unidad viviente, no podría, filosóficamente hablando, ser otra cosa que humano, y por ello es necesario aplicarle desde un principio el estatuto de un ser moral, con todos los atributos jurídicos que la personalidad contempla, en todos los ámbitos del desarrollo humano.

Así pues, la referencia a argumentos exclusivamente jurídico-sistemáticos para proteger la integridad del no nacido no solo no abroga ni suspende la validez de la argumentación filosófica, sino que es perfectamente coherente con ella en el orden del discurso para la defensa de la integridad moral del *nasciturus*, tal como esperamos mostrar a continuación.

La tesis central de este trabajo es la siguiente: la única posibilidad de que la conducta prevista por el proyecto de ley que nos ocupa –desplegar acciones positivas con intención de producir un resultado de muerte sobre el no nacido– pudiera ser calificada como adecuada al marco constitucional, y por lo tanto válida en nuestro sistema jurídico, radicaría en la inexistencia de un criterio para la protección del no nacido, tanto en la propia Constitución como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Pero resulta que ese criterio constitucional de protección al no nacido no solo existe, sino que, además de existir, es sostenido y coherente, tanto con la jurisprudencia, como con toda la estructura normativa del sistema jurídico de la República, lo cual se encuentra perfectamente acreditado, en todos los niveles de desempeño jurídico que acabamos de mencionar.

Si se tiene a la vista la producción normativa y los fallos dictados desde la vigencia de la Constitución hasta el presente, se advierte sin ningún género de duda que la protección de la vida humana desde la concepción ha sido siempre invariable en todos los casos, sin excepción alguna, y desde los más diversos frentes jurídicos. Esta interpretación, a mayor abundamiento, ha sido sostenida no solo durante el período del Gobierno Militar, sino también y de forma invariable a lo largo de todos los gobiernos democráticos posteriores, desde 1990 a la fecha. Tal interpretación rechaza por completo la licitud de ejecutar acciones positivas destinadas a terminar con la vida del no nacido, cuestión que es, justamente, lo que pretende autorizar el proyecto que ahora se discute. Contrariamente al espíritu del proyecto que da pie a estas consideraciones, la protección al no nacido parece formar parte integrante, real y concreta, de nuestro sistema jurídico, de su legislación y jurisprudencia.

Cabe aquí plantear una objeción a la coherencia del ordenamiento nacional en la defensa de la vida del *nasciturus* que hemos mencionado. Se trata de la existencia en la legislación sanitaria del llamado “aborto terapéutico” hasta 1989, momento en que fue

eliminado durante el gobierno del General Augusto Pinochet Ugarte, por medio de la ley N° 18.826, que aprobó un nuevo texto para el Art. N° 119 del Código Sanitario. Así, parece que en Chile habría existido “aborto terapéutico” durante más de cincuenta años, desde 1931 hasta 1989. En 1931 el Presidente Carlos Ibáñez del Campo legalizó el llamado “aborto terapéutico” mediante una modificación al Art. 226 del Código Sanitario, que se redactó del siguiente modo: “Solo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer quiere la opinión documentada de tres facultativos”. En 1968³, el Presidente Eduardo Frei Montalva introdujo una modificación procedimental, reduciendo los requisitos para practicar dicha interrupción del embarazo, disminuyendo de tres a dos los médicos encargados de dar su opinión conteste (Art. 119 Código Sanitario). Esto lleva a pensar que la actual ley 21.030 no haría otra cosa que restaurar un contenido jurídico previo, lo que rompería la supuesta coherencia normativa –constitucional y legal– en defensa de la vida del *nasciturus* en el sistema jurídico chileno.

Sostenemos, sin embargo, que estas disposiciones –el Art 226 de 1931, y el Art. 119 de 1967– no eran en realidad normativamente contrarias al espíritu general de protección de la vida del no nacido que se encuentra presente en el ámbito positivo desde el Código Penal de 1874, el cual fue ratificado expresamente por la Constitución de 1980, porque lo que ambas modificaciones buscaban no era consagrar lo que hoy se entiende por “aborto terapéutico”, sino considerar desde el punto de vista normativo algo que estaba implícito en la legislación y en el derecho natural, a saber, la posibilidad de realizar todas las acciones necesarias para salvar la vida de la madre, tolerando como resultado preterintencional la muerte eventual del niño no nacido. En otros términos, se consagraba la posibilidad del aborto indirecto, regido por las normas del principio de razón suficiente⁴.

Puede llegarse a esta conclusión atendiendo al espíritu general de protección a la vida del no nacido, tal como es manifiesto en el Código Penal, pero también en la conciencia histórica y cultural del país, para la cual la realización de actos destinados a terminar con la vida de un inocente en el vientre materno era generalmente repudiada, en consonancia con la norma legal. No contribuye a aclarar la cuestión, sin embargo, el hecho de que ni el Código Penal ni el Código Sanitario utilizan la expresión “aborto”, y evitan su definición. Tampoco señalan qué debe entenderse por “interrumpir” un embarazo, de modo que tales nociones deben quedar entregadas a su sentido natural y obvio⁵. Así, aunque la letra de la ley no indique que se refiere al aborto indirecto, tenemos que la expresión “aborto terapéutico” es doctrinalmente hablando muy problemática, porque, en estricto sentido, las acciones positivas destinadas a producir la muerte del no nacido constituyen lo opuesto a una acción terapéutica, aunque se repute para efectos de la salud de la madre. Desde esta perspectiva, ningún “aborto” puede ser nunca “terapéutico”. Lo que sí puede reputarse como tal es la acción médica destinada a preservar la vida de la madre, fruto de la cual, como un efecto no deseado que no constituye medio para el resultado, se produce la muerte del no nacido, pero esto no es técnicamente un aborto. Así Alejandro Serani en su comentario a

³ DFL 725 del 31 de enero de 1968, que modifica lo dispuesto en el Art. 14 de la ley 16.585.

⁴ VIVANCO (2009) pp. 65 y ss.

⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, voz “aborto”: interrupción del embarazo por causas naturales o provocadas.

la ley 18.826: 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”⁶.

Ahora bien, si la excepción prevista en el Código Sanitario puede entenderse como coherente con el ideal de protección de la vida del *nasciturus*, cabe preguntarse por qué el Gobierno Militar decidió derogar dicha posibilidad, considerándola evidentemente negativa. En realidad, la aplicación del aborto indirecto por justificación de razón suficiente no podía ser derogada, porque fluye naturalmente de las circunstancias prudenciales del caso concreto. Precisamente porque dicha posibilidad de actuar indirectamente sigue estando vigente en el contexto del ordenamiento jurídico chileno, la norma del Código Sanitario simplemente servía para (a) dar la oportunidad de introducir el concepto de “aborto terapéutico”, con la contradicción antes mencionada, y (b) se prestaba para interpretaciones abusivas, no solo desde un punto de vista doctrinal⁷, sino también y principalmente en el ámbito de la práctica clínica. Por ejemplo, entre los años 1970 y 1972 el departamento de ginecología y obstetricia del Hospital Barros Luco hizo una interpretación “amplia” de la norma, facilitando el acceso del aborto voluntario a mujeres con una situación certificada de pobreza extrema o que no deseaban la gestación dadas sus condiciones psíquicas, emocionales socioculturales y económicas.

En lo que se refiere al “aborto terapéutico”, finalmente, si bien es verdad que la Constitución de 1925 no reconocía el derecho a la vida del *nasciturus*, existen fuertes argumentos para sostener que esta ausencia no constituía realmente un rechazo a dicha atribución jurídica, sino tan solo expresión de que el constituyente de 1925 no consideró necesario redactar e incluir normativamente un aspecto de la realidad en el cual había total consenso en toda nuestra tradición jurídica, pues ya sostenían los juristas de Bolonia que *conceptus pro iam nato habetur*, es decir, al concebido se le trata como nacido para todo aquello que le favorezca. A mayor abundamiento, si la modificación consagrada por la ley 18.826 se hubiera realizado para normalizar la ley vigente de acuerdo con los principios establecidos por la Constitución de 1980 (en concreto, el Art. 19 N°1), esta misma *ratio* subsistiría para efectos de la actual ley N° 21.030, por cuanto el mencionado Art. 19 N° 1 de la Constitución Política no ha sido modificado.

⁶ Historia de la LEY 18.826, Informe Técnico de fecha 6 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.

⁷ BASCUÑÁN (2004) pp. 149 y ss.

Aclarado lo anterior, vamos a citar los siguientes argumentos, que no constituyen una enumeración taxativa, pero sí a nuestro juicio suficiente para probar la tesis anteriormente enunciada sobre la coherencia de nuestro sistema jurídico en torno a la defensa de la vida del no nacido.

1. El actual Art. 1º, inciso 1º de la Constitución dispone que “las personas nacen libres en dignidad y derechos”. Esta redacción corresponde a la reforma introducida por la Ley N° 19.611. Este cuerpo legal sustituyó la palabra “hombres”, que se encontraba en el texto original, por la voz “personas”⁸. Debe tenerse presente que, al discutirse este cambio en la sesión de sala del H. Senado de la República de fecha 3 de marzo de 1999, se tomó el siguiente acuerdo unánime de sala: “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”. Esta propuesta fue respaldada por el Presidente de la Comisión, al afirmar que “si tenemos presente el objetivo del mensaje –este 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 1º de la Constitución”. Y continúa: “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”⁹. 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 que, recabado de esa manera el acuerdo de la sala en la materia, quedó en evidencia que se trataba de asegurar a todos los individuos de la especie humana. Esto excluye la interpretación restrictiva de la garantía solo a aquellos que posean los requisitos de la perso-

⁸ El objeto del cambio, como indica la propia Ley, era establecer “la igualdad jurídica entre hombres y mujeres”. Aparentemente, el legislador del momento suscribe aquí la tendencia de lo que se ha denominado “inclusiónismo cultural”, desarrollado por el llamado “feminismo radical de la diferencia”, defendido por autores como Carla Lonzi (Escupamos sobre Hegel) y Adrienne Rich (*Of Woman Born*). La base de esta tesis es que el cuerpo sexuado de la mujer, diferente del hombre, ha sido negado en la historia, de manera tal que las formas culturales occidentales no expresarían la diferencia sexual femenina. Así, la mujer quedaría fuera del lenguaje, porque el sujeto del discurso sería un ser masculino que se declara universal, y por lo tanto representante de toda la especie humana. La consecuencia de esto sería generar conocimiento exclusivamente masculino. Esta ausencia de subjetividad femenina independiente sería necesaria para la perpetuación del patriarcado. Cf. RIVERA (1998) pp. 81-2.

⁹ Cf. DIARIO DE SESIONES DEL SENADO DE LA LEGISLATURA 339º, EXTRAORDINARIA, SESIÓN 21 del miércoles 3 de marzo de 1999.

alidad en sentido civil (Art. 74), que apunta exclusivamente a criterios patrimoniales, y no es por lo tanto el parámetro hermenéutico de la Constitución.

La Historia Fidedigna de la Constitución tiene así un efecto lógico-sistemático sobre la norma civil, circunscribiendo el inciso primero del texto legal (“la existencia legal de toda persona principia al nacer”) al ámbito de los bienes, y no del sujeto que los detenta¹⁰. A mayor abundamiento, el documento final que envía la Comisión de Constitución al Gobierno de la época, con fecha 16 de agosto de 1978, se sostiene explícitamente que “la consagración del derecho a la vida implica necesariamente la protección del que está por nacer”¹¹. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha comentado lo siguiente: “[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 solo del bien jurídico de la vida, distinción que no es menor para estos sentenciadores. En efecto, si solo se hubiese protegido la vida, en cuanto bien jurídico, bastaría que el legislador hubiese consagrado mecanismos que aseguraran al *nasciturus* la viabilidad de la vida intrauterina hasta el nacimiento. Sin embargo, el legislador –interpretando correctamente el mandato que le ha impuesto la Constitución– ha establecido acciones e instrumentos concretos destinados a que el *nasciturus* opte a la protección de sus derechos como cualquier otro titular”¹².

2. En plena coherencia con lo anterior, el Tribunal Constitucional –en la misma sentencia Rol N° 740– proclama también la protección constitucional de la vida del no nacido, al sostener categóricamente que “la vida humana es objeto de protección constitucional desde la concepción, 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 hombre, 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” (Considerando 49). El razonamiento que el Tribunal formula es el siguiente: (a) la Constitución protege la vida (Considerando 41) y el derecho a la vida (Considerando 58) de las personas; (b) **Ser humano** no nacido desde la concepción y **persona** son conceptos equivalentes (Considerandos 49 al 53). Por tanto, la protección de la vida y del derecho a la vida se inicia desde la concepción (Considerando 50); (c) El derecho a la vida significa el derecho a mantener la vida y a conservarla, es decir, a que no nos la quiten (Considerando 56); (d) El aborto es contrario a la Constitución porque vulnera el derecho a la vida del *nasciturus* y la protección que se le debe dar a este (Considerando 64)¹³.

Si bien este fallo menciona la Convención Americana de Derechos Humanos, es a mayor abundamiento y no en lugar de lo sostenido por la Constitución en cuanto al resguardo de la vida del no nacido, y por eso considera que debe recordarse que dicha Convención señala, en su artículo 4.1, que: “toda persona tiene derecho a que se respete

¹⁰ Cf. ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN, SESIÓN N° 90, p. 18.

¹¹ Cf. COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1981) pp. 144-317.

¹² STC 740-07-CDS, considerando 58.

¹³ FIGUEROA (2010) p. 147. Véase también VIVANCO (2007).

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”¹⁴. La propia jurisprudencia del Tribunal ha dejado sentado que esta se halla sobre toda otra norma, incluidos los tratados internacionales. Así, se dice que “la superioridad de la Constitución lleva a la superioridad del intérprete de la Constitución que es el Tribunal Constitucional, el que se constituye en el órgano de cierre del ordenamiento jurídico”¹⁵.

Fuera del ámbito constitucional, encontramos también una sólida consistencia normativa con esta interpretación:

3. El texto del Art.75 del Código Civil, el cual dispone en su inciso primero 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 peligrará”. Reforzando la idea de protección del *nasciturus*, incluso se sostiene en el inciso 2º que “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”. Es decir, el Código Civil reconoce como sujeto de derecho a la vida al concebido no nacido, concediéndole una fuerte tutela. De hecho, Bello cita, en la nota a este artículo, dos leyes de la Partida VII en las que se afirma que el niño en el vientre “no merece” el tormento impuesto a la madre. El juez queda obligado a proceder de oficio, y concede acción popular para que se tomen todas las providencias destinadas a proteger la vida del no nacido. Así, Claro Solar (y con él la doctrina más autorizada) considera que este artículo excluye de modo irrefutable e inequívoco cualquier tipo de aborto¹⁶. En el mismo sentido, también en nuestro tiempo, Corral sostiene que el Art. 75, “al señalar que la ley protege la vida del que está por nacer, nos está diciendo, en el lenguaje actual de los derechos subjetivos, que se trata de un sujeto: el que está por nacer (no “lo” que está por nacer), que tiene vida, que no puede ser sino vida humana, y que esa vida debe ser tutelada por el ordenamiento jurídico: la ley en su más amplio sentido. La forma más clara y enérgica de tutela de la vida humana es hoy a través de un derecho humano o fundamental: el derecho a la vida”¹⁷.

Este artículo del Código Civil es el antecedente de lo dispuesto en el Art 19 N° 1 de la Constitución de 1980, y pone de manifiesto de modo contundente en nuestra opinión, al tenor de su carácter inequívoco, cómo la defensa de la vida del *nasciturus* se encuentra impregnada transversalmente en todo nuestro sistema jurídico.

4. El Proyecto de Acuerdo N.º 319 (2015), en el que la Cámara de Diputados aprobó por unanimidad el requerimiento al Ejecutivo, para que incluyera la operación intrauterina de la espina bífida dentro del Plan de Garantías Explícitas de Salud (GES), para mejorar la calidad de vida del no nacido de solo semanas de gestación, reconociendo la obligación de protección de la salud del *nasciturus*. Si la ley se preocupa de mejorar la

¹⁴ STC 740-07-CDS, considerando 53.

¹⁵ NOGUEIRA (2005) p. 17.

¹⁶ CLARO SOLAR (1978) pp. 222-23.

¹⁷ CORRAL (2010) p. 313.

calidad de vida del niño en el vientre materno, es evidente que considera y protege su vida misma, pues mal podría cuidarse de lo accidental si no se precave lo sustancial.

5. La Ley N.º 20.120, que prohíbe la clonación humana, señala en su Art. 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”. Este mismo cuerpo legal agrega en el Art. 6º que “en ningún caso podrán destruirse embriones humanos para obtener las células troncales que den origen a dichos tejidos y órganos” (Art. 3º). Queda claro de esta disposición que el legislador entiende que la vida de cada ser humano comienza en el momento de la concepción, y no del nacimiento, y que ello significa la consideración de los embriones como sujetos de derechos.

6. El mismo criterio ha sido seguido por la Corte de Apelaciones de Santiago, por ejemplo, al obligar a una ISAPRE a pagar el costo de una intervención *in utero*, a causa de su negativa a considerar al niño como persona por no haber nacido. La Corte sostuvo que se realizó por una necesidad de vida de la criatura que estaba en el vientre materno, argumentando que “el Art. 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, le asegura a todas las personas el derecho a la vida, incluyendo expresamente la vida del que está por nacer, lo que implica que esta garantía no solo contempla la vida como fenómeno opuesto a la muerte, sino que la protección empieza al feto que está en el vientre materno, su nacimiento y desarrollo de vida, con una calidad que comprende la prolongación de ella en la mejor forma posible y que la medicina puede entregar. Y, como lo afirma, la recurrente, ninguna norma legal o contractual tiene preferencia sobre este derecho constitucional, por lo que carece de todo asidero la circunstancia de que el feto no tiene acceso a las garantías explícitas de salud, desde que el DFL N° 4, contempla expresamente la Disrafia Espinal con cobertura GES como patología incorporada y, quien la sufre es el feto que está dentro de la madre como un solo todo, por lo que no puede haber diferencia quien es el que requiere una intervención quirúrgica de urgencia para su corrección, de modo que si por los avances de la ciencia médica esa urgencia, puede ser tratada antes del nacimiento...”¹⁸.

Este criterio fue posteriormente confirmado y ratificado por la Excelentísima Corte Suprema al conocer la apelación del mismo¹⁹.

7. La Corte Suprema, por su parte, ha establecido inequívocamente 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 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 señalando que “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”²⁰.

¹⁸ RAMÍREZ CON ISAPRE CRUZ BLANCA (2013), Corte Apelaciones de Santiago, considerando 9º.

¹⁹ RAMÍREZ CON ISAPRE CRUZ BLANCA (2014), Corte Suprema.

²⁰ PHILIPPI Y OTROS CON INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA (2001).

8. Incluso, para terminar, la propia Presidenta Bachelet reconoce que los niños son personas antes de nacer, cuando declara estar orgullosa de su ley N° 20.379, la cual dispone la creación del “subsistema de Protección Integral de la Infancia, denominado “Chile Crece Contigo”, cuyo objetivo es acompañar el proceso de desarrollo de los niños y niñas que se atiendan en el sistema público de salud, desde su primer control de gestación y hasta su ingreso al sistema escolar, en el primer nivel de transición o su equivalente.” (Art. 9°). Mal podría considerarse que el ordenamiento jurídico chileno no protege la vida del *nasciturus*, si procura su cuidado legal a través del sistema público.

Los ejemplos anteriores confirman de modo indudable que la titularidad de protección constitucional y legal en Chile opera desde el momento de la fecundación de la persona humana, lo que por lo demás es plenamente compatible con la realidad biológica y genética, así como con los últimos avances científicos²¹.

La cuestión de fondo, por lo tanto, es si resulta pertinente y compatible con las reglas de producción del Derecho, o con el criterio del comportamiento habitual de los operadores jurídicos de un ordenamiento, proceder a invertir el canon hermenéutico dominante en un sistema jurídico, y reemplazarlo por otro de signo opuesto simplemente por un acto de voluntad circunstancial del Ejecutivo, vinculado con las posiciones ideológicas abstractas que sustente. La procedencia o improcedencia de este viraje es un problema técnico-jurídico, y por lo tanto abarca otro momento de la discusión, distinto del problema moral de si es lícito o no realizar acciones positivas destinadas a quitarle la vida al producto de la concepción. Además de la seria objeción que se advierte al intentar invertir completamente la tradición jurídica de protección de la vida del *nasciturus*, se agrega la inverosímil pretensión de hacerlo mediante una simple ley, ignorando el principio por el cual la Constitución de un determinado país se sitúa, en el plano jerárquico, por encima de todo el ordenamiento jurídico, considerándose por lo tanto ley suprema del Estado y, lo que es más importante, fundamento material y normativo de toda otra prescripción.

Esta pretensión parece todavía más vana e inconducente, si se tiene en cuenta la gravedad de la materia sobre la que versa el proyecto de ley presentado y aprobado por las Cámaras; una cuestión tan relevante como la vida de las personas, la cual es abordada con especial claridad y cuidado por la Constitución y por el Tribunal Constitucional, en un sentido exactamente contrario al que propone el texto en discusión.

Como conclusión, pues, de la pregunta con que se iniciaba esta reflexión, puede decirse que el proyecto de despenalización del aborto en tres causales, presentado por el gobierno de Michelle Bachelet no solo busca modificar normas penales o sanitarias; ni siquiera se limita a alterar por completo la ley vigente sobre la protección de la vida humana, ya sea en sede constitucional, legislativa o jurisprudencial, sino que además pretende invertir el sentido general de la tradición normativa presente en el ordenamiento jurídico nacional en lo relativo a la protección de la vida, como acabamos de mostrar.

Si un vuelco de este calibre fuera a producirse y a tener traducción normativa, ciertamente no podría ocurrir por la vía de una simple ley, porque ello atentaría directamente contra el principio de supremacía constitucional. Esto, como decíamos antes, sin perjuicio

²¹ Véase MOORE, PERSAUD, TORCHIA (2015).

de la cuestión de fondo, relativa a la improcedencia intrínseca de autorizar la muerte de un inocente.

El Proyecto en comento, pues, aparece desde una perspectiva técnico-jurídica de coherencia como una norma extraña a nuestro sistema jurídico vigente, presidido por la Constitución, e implica un abrupto quiebre de la supremacía constitucional, pero sin poseer una justificación jurídico-sistemática para ello, más que el interés de imponer una interpretación distinta. De esta manera, el proyecto logra una curiosa hermandad entre la tradición de corrección material de una norma en dirección a la justicia –propia del iusnaturalismo–, y la Ciencia del Derecho de la tradición positivista en la línea de Kelsen²², para quien la unidad del sistema, entendida en un sentido lógico, tenía su base en la hipótesis de una norma fundamental que tenía la capacidad de otorgar coherencia al ordenamiento en su conjunto. En esta perspectiva, dicha norma fundamental se desempeñaba también como un criterio de unidad formal y de pertenencia de las normas al sistema jurídico, asegurando la coherencia entre las normas de este, con el objeto de que no se produjeran contradicciones entre ellas. En otros términos, y aunque por distintas razones, tanto para las teorías del derecho natural como para el positivismo, todas las normas válidas deben articularse necesariamente en un sistema, del cual se espera ciertamente que no albergue contradicciones lógicas.

Por todo lo anterior, consideramos que el proyecto de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales debería haber sido ser rechazado íntegramente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BASCUÑAN, Antonio (1981): “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”, *Revista de Derecho y Humanidades*, N° 10: pp. 143-181.
- COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN, *Actas Oficiales*, sesión n° 90.
- COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1981): “Proposiciones e ideas precisas para la nueva Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. VIII N° 1/6: pp. 144-317.
- CLARO SOLAR, Luis (1978): *Explicaciones de derecho Civil Chileno y Comparado*, Vol. II *De las personas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- CORRAL, Hernán (2010): “‘La existencia legal de toda persona principia al nacer’. Una nueva lectura para una vieja norma”, *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, N° 5: pp. 311-326.
- DIARIO DE SESIONES DEL SENADO de la Legislatura 339°, extraordinaria, sesión 21 del miércoles 3 de marzo de 1999.
- FIGUEROA, Rodolfo (2010): “Comentario relativo a la sentencia del Tribunal Constitucional referida a la píldora del día después del año 2008”, *Anuario de Derecho Público*, N° 1: pp. 144-62.
- HISTORIA DE LA LEY N° 18.826, *Informe Técnico en relación al proyecto de ley que sustituye el artículo 119 del Código Sanitario de Alejandro Serani*, 11/01/1988.

²² KELSEN (1982) pp. 201 ss.

- KELSEN, Hans (1982): *Teoría pura del Derecho* (trad. Roberto Vernengo, México, UNAM, México, 1982).
- MOORE, Keith, PERSAUD, T. V. N. y TORCHIA, Mark (2015): *The Developing Human. Clinically Oriented Embryology*. Disponible en <https://www.elsevier.com/books/the-developing-human/unknown/978-0-323-31338-4> Consultado el 14 de octubre de 2017.
- NOGUEIRA, Humberto (2005): “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias”, *Estudios Constitucionales*, vol. 1 N° 1: p. 11-35.
- RIVERA, Milagros (1998): *Nombrar el mundo en femenino* (Barcelona, Icaria).
- VIVANCO, Ángela (2008): “La píldora del día después. Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de Enero de 2007”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 3: pp. 543-577.
- VIVANCO, Ángela (2009): “El aborto terapéutico: un nuevo intento de despenalizar el aborto en el Derecho Chileno”, *Ars Medica*, vol. 38, N° 1: pp. 61-91.

JURISPRUDENCIA CITADA

- PHILIPPI Y OTROS CON INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA (2001): Excelentísima Corte Suprema, 30 de agosto de 2001 (Apelación Recurso de Protección).
- RAMÍREZ CON ISAPRE CRUZ BLANCA (2013): Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de mayo de 2014 (Recurso de Protección).
- RAMÍREZ CON ISAPRE CRUZ BLANCA (2014): Excelentísima Corte Suprema, 27 de agosto de 2014 (Apelación Recurso de Protección).
- REQUERIMIENTO POR INCONSTITUCIONALIDAD DE “TODO O PARTE” DEL DECRETO SUPREMO REGLAMETARIO N°48, DEL MINISTERIO DE SALUD QUE APRUEBA LAS “NORMAS NACIONALES SOBRE REGULACIÓN DE LA FERTILIDAD”: Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 740-07-CDS, 18 de abril de 2008.

NORMAS CITADAS

- DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 725 (31/1/1968). Modifica lo dispuesto en el Art. 14 de la ley 16.585.
- LEY N° 18.826 (15/9/1989). Elimina la excepción prevista por el Art. N° 119 del Código Sanitario.
- LEY N° 19.611 (16/6/1999). Establece igualdad jurídica entre hombres y mujeres.
- LEY N° 20.120 (22/9/2006), sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana.
- LEY N° 20.379 (12/9/2009). Crea el sistema intersectorial de protección social e institucionaliza el subsistema de protección integral a la infancia “Chile Crece Contigo”.
- LEY N° 21.030 (23/9/2017). Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.