

I. DILEMA A RESOLVER.

1. La discusión sobre la permisibilidad/prohibición del aborto se ha centrado, durante los últimos años, en un solo y único aspecto: si el **nasciturus** (el que está por nacer) es “persona” y, por tanto, titular del derecho a la vida¹. Sin querer ahondar en la discusión, en nuestro parecer este no es el único aspecto que amerita ser revisado en el debate que hoy se presenta, pues aunque uno sostenga que el **nasciturus** es persona y tiene derecho a la vida, de ahí no se puede concluir que el aborto deba estar prohibido en todos los casos, como ocurre hoy en nuestro país. Un ejemplo de esto, lo representa el **Tribunal Constitucional alemán**, en su emblemática sentencia del año 1975, donde declaró que el **nasciturus** tiene derecho a la vida, no obstante considerar la constitucionalidad del aborto en determinadas circunstancias².

Este enfoque de la discusión, que como dijimos se ha centrado únicamente en el **nasciturus**, prescinde y omite del debate uno de los aspectos más importantes: **los derechos de la mujer**.

2. Sin embargo, en la discusión que se plantea ante este Excmo. Tribunal, es necesario ampliar el enfoque y preguntarnos también si es legítimo que el Estado criminalice en forma absoluta el aborto o si existen casos en que el Estado debe estar impedido de obligar a llevar a término un embarazo mediante la amenaza penal, al igual que lo hiciera el influyente y clásico ensayo de Judith Thompson, en el año 1971.

3. Así entonces, compartimos acá que el problema puesto en conocimiento de este Excmo. Tribunal, sobre la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo en tres causales, no consiste en decidir sobre el momento en que comienza la vida, sino en cómo hacer compatible la autonomía y otros derechos constitucionalmente consagrados en favor de las personas, con el mandato de protección de la vida del que

¹ Véase: FIGUEROA, Rodolfo. La moralidad del aborto: ampliando la discusión. En: Acta Bioethica. Santiago, 2013, vol. 1, N° 13, pp. 105-112.

² Ibidem. P. 107. También véase: Tribunal Constitucional alemán. BverfGE I. Sentencia de 1975.

está por nacer³. Es decir, y citando acá al rector Carlos Peña, lo que se debe discutir *"en cada una de las hipótesis que el proyecto plantea no es cuál sea el origen de la vida humana o si la vida humana tiene o no valor. Lo que debe discutirse es una cuestión distinta que cabría subrayar: si acaso una sociedad puede imponer coactivamente a las mujeres obligaciones que, bajo cualquier respecto, equivalen, por decirlo así, a actos moralmente heroicos, actos supererogatorios"*⁴.

II. CONFLICTO ENTRE DERECHOS Y VALORES CONSTITUCIONALES.

4. La Constitución chilena consagra en su artículo 19 un catálogo de derechos estructurado a partir de una serie de declaraciones normativas, con lenguaje abierto, vago e indeterminado, que debe ser concretado por los intérpretes de la carta fundamental. Se ha entendido así que las normas del catálogo de derechos de la Constitución están estructuradas, en general, como **principios**.

5. El jurista Robert Alexy ha definido los **principios** como normas jurídicas *"que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas"*⁵. Así los principios son *"mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados"*⁶.

6. Al interpretar los derechos constitucionales se debe buscar la eliminación de los sistemas que establecen jerarquías entre ellos, prevaleciendo en la labor interpretativa un balanceo de los derechos (principios) en colisión que permita la vigencia de todos. Y en este escenario cobra vital importancia para la interpretación de los derechos en colisión el principio de proporcionalidad cuya aplicación, a través de un ejercicio de ponderación, hace posible una toma de decisión clara en la materia. El mecanismo de ponderación obliga a realizar un juicio de precedencia condicionada,

³ PEÑA, Carlos. *Los dilemas del aborto*. En: SALAS, Sofia et al (eds). *Aborto y derechos reproductivos. Implicancias desde la ética, el derecho y la medicina*. Santiago, Ediciones UDP, 2016, p.30.

⁴ PEÑA, Carlos. En: El Mercurio. *"Aborto: Ni santas ni heroínas"*. 10 de febrero de 2016, A2.

⁵ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford, Oxford University Press, 2002, p.47.

⁶ Ibidem, p. 48.

que consiste en determinar cuál de los principios obtendrá una aplicación preferente, prestando especial atención a las condiciones fácticas y jurídicas del caso concreto⁷.

7. Para el caso de revisión constitucional de los proyectos de ley que despenalizan el aborto, siguiendo a la profesora Verónica Undurraga, sostenemos que la ponderación requiere que los jueces no solo declaren que la protección de la vida por nacer es un deber constitucional o un interés jurídicamente relevante, sino que además evalúen la efectividad de la norma penal para proveer esta protección⁸. Es decir:

“el análisis de efectividad exige a los jueces considerar los efectos negativos de la penalización y compararlos con los beneficios que se le atribuyen y, en consecuencia, considerar medidas alternativas de protección que puedan ser igualmente efectivas, pero que produzcan menos desventaja⁹”.

8. Así entonces, la labor del juez constitucional consiste en analizar la legitimidad de la amenaza penal y su consecuente restricción en los derechos constitucionales de las mujeres.

En la línea de análisis antes expuesta, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional de Portugal. En la sentencia del año 2010, que declara la constitucionalidad de la ley de aborto, el Tribunal Constitucional al realizar un ejercicio de ponderación sostuvo:

“11.4.8. ... Dado que la sanción penal es el instrumento más gravoso de intervención, con la consiguiente prioridad de aplicación, desde este punto de vista, de cualquier otro que lo sea menos, su utilización no puede resultar, sin más, de la eventual insatisfacción provocada por otros instrumentos de tutela [...] debido a la ineficiencia de otros medios no se puede deducir automáticamente la eficiencia de

⁷ Ibidem, p. 45. También véase: LOVERA, Domingo. *El interés público como estándar. Libertad de expresión y vida privada*. En: GONZALEZ, Felipe (ed). *Libertad de expresión en Chile*. Santiago, Ediciones UDP, 2006, p. 61.

⁸ UNDURRAGA, Verónica. *El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las normas sobre el aborto*. En: COOK, Rebeca et al (eds). *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2016, p.107.

⁹ Ibidem.

la ley penal [...] La utilización del derecho penal sólo se legitima cuando se le atribuye (como requisito mínimo) eficiencia...¹⁰

III. EFECTIVIDAD DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL ABORTO.

9. Existen diversos estudios que han intentado arrojar conclusiones sobre la efectividad de la prohibición y sanción penal del aborto. La evidencia muestra que la utilización del derecho penal no tiene una incidencia directa en la menor cantidad de abortos y que existen otros factores relevantes que inciden en la materia, como el acceso a métodos anticonceptivos o condiciones sociales y económicas, entre otros¹¹.

10. En este sentido sostenemos, siguiendo a la profesora Verónica Undurraga, la amenaza penal puede tener un efecto disuasivo, y por tanto de mayor efectividad, en delitos como el homicidio y las lesiones, al exigir un deber de omisión. En cambio la situación varía en el caso de la criminalización de aborto ya que la prohibición penal no solo impone un deber de omisión, sino que también supone cumplir con las múltiples y demandantes exigencias que significa sobrellevar un embarazo y hacerse cargo de la crianza de un/a hijo/a, más aún en las circunstancias reguladas por el proyecto de ley aquí cuestionado.

IV. PROTECCIÓN DE LA VIDA QUE ESTÁ POR NACER.

11. Los requerimientos contra el proyecto de ley que regula la despenalización voluntaria del embarazo en tres causales, sostienen que el legislador sobrepasa los límites de su competencia al no dar cumplimiento al mandato de protección de la vida que está por nacer, debido a que bajo la interpretación que en estos requerimientos se realiza ***"el Legislador no es competente para legislar respecto de la vida del que está por nacer si, en dicha ley, no lo protege"***.

12. Dicha interpretación no se condice con la tendencia del derecho internacional y transnacional.

¹⁰ Tribunal Constitucional, Portugal. Sentencia N° 75/2010, §11.4.8.

¹¹ Ibidem. pp. 78-79.

13. Hay múltiples ejemplos jurisprudenciales en los que se reconoce un interés en proteger la vida por nacer, pero diferenciándolo de la titularidad del derecho a la vida, y reconociendo que se debe armonizar con otros derechos fundamentales de las personas, especialmente de la madre.

14. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, al interpretar el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -que consagra "*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*"- ha sostenido:

*263. ... que el objeto y fin de la cláusula "en general" del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.*¹²

Esta interpretación de la Corte otorga a los estados partes de la Convención la flexibilidad para adoptar medidas tendientes a la protección de la vida desde la concepción¹³, y para introducir excepciones en su legislación interna permitiendo la interrupción del embarazo.

15. Por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la sentencia del caso *Roe vs. Wade* dictada en 1973, interpretó que el derecho constitucional a la privacidad comprendía la posibilidad de las mujeres de elegir interrumpir un embarazo, en consulta con su médico tratante, pero dejando claro que el derecho a la privacidad no

¹² Op. Cit. parr. 263.

¹³ FIGUEROA, Rodolfo. *Comentario relativo a la sentencia del tribunal Constitucional referida a la píldora del día después del año 2008*. En: COUSO, Javier (dir). *Anuario de Derecho Público 2010*. Santiago, Ediciones UDP, p.151.

era absoluto y que era razonable y lógico que un Estado, en un determinado momento, proteja otros intereses como la salud, los estándares médicos y la vida prenatal¹⁴.

16. En Europa, el Tribunal Constitucional de Alemania en el año 1993, sostuvo que la legislatura no estaba obligada a proteger la vida humana por nacer mediante la amenaza de una sanción penal, permitiendo a la legislatura diseñar un mecanismo de consejería para persuadir a la mujer embarazada a llevar adelante su embarazo, y mientras la consejería fuera efectiva podría decidir prescindir de la amenaza penal¹⁵.

17. Por su parte el Tribunal Constitucional de Eslovaquia, resolvió el año 2007 un conflicto de constitucionalidad presentado contra la ley de aborto dictada en 1986, en el que razonó que la “vida humana por nacer” constituye un **“valor” constitucional, objeto de protección**, pero de una intensidad menor que la protección otorgada a un **“derecho” constitucional**, lo que le permitió al Tribunal Constitucional adoptar un marco de equilibrio de derechos y valores, para establecer que finalmente el proyecto de aborto impugnado era constitucional¹⁶.

18. Finalmente, el año 2010, el Tribunal Constitucional de Portugal resolvió la constitucionalidad de la ley de aborto, sosteniendo:

*“En esta visión de las cosas, se reconocerá que el artículo 24 de la Constitución de la República, **además de garantizar a todas las personas un derecho fundamental a la vida**, subjetivado en cada individuo, integra también una dimensión objetiva, **en la que se considera la protección de la vida humana intrauterina**, que va a ser una verdadera imposición constitucional. Sin embargo, esta protección de la vida humana en gestación no tendrá que asumir el mismo*

¹⁴ SIEGEL, Reva. *La constitucionalización del aborto*. En: COOK, Rebeca et al (eds). *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2016, p.39.

¹⁵ Ibidem. p. 46. También véase: Tribunal Constitucional Federal de Alemania. BverfGE 88, 203. Sentencia de 28 de mayo de 1993.

¹⁶ LAMACKOVA, Adriana. *Los derechos de las mujeres en las sentencias sobre aborto del tribunal constitucional de Eslovaquia*. En: COOK, Rebeca et al (eds). *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2016, pp. 91-93. También véase: Corte Constitucional, República Eslovaca, PL. ÚS 12/01, 4 de diciembre de 2007.

grado de densificación ni las mismas modalidades que la protección del derecho a la vida individualmente subjetivado en cada ser humano ya nacido¹⁷".

19. En síntesis, los casos de interpretación del mandato de protección de la vida por nacer, muestran que no existe un único medio para dar cumplimiento a este y que, como se puede apreciar, dicho mandato es totalmente compatible con legislaciones que permiten la interrupción del embarazo, entendiendo además que este mandato es un principio que puede ser cumplido en diferentes grados.

V. EL PROYECTO DE LEY QUE REGULA LA DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO NO DESPROTEGE LA VIDA DEL QUE ESTÁ POR NACER.

20. Sostenemos acá, que el proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, no incumple el mandato constitucional que ordena a la ley proteger la vida del que está por nacer.

21. Las sentencias ya mencionadas anteriormente, de los Tribunales Constitucionales de Eslovaquia y Portugal, desarrollan algunos criterios que permiten interpretar a la luz de los derechos y valores constitucionales en colisión, como el proyecto de ley que permite la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales no desprotege la vida del que está por nacer.

22. La sentencia del Tribunal Constitucional de Eslovaquia, ya citada, es tajante en afirmar que las medidas que protegen la vida por nacer, en contra de la mujer embarazada, **se expresan a través de la propia ley de aborto que se impugna**, donde se trata de equilibrar el mandato constitucional de proteger el valor de la vida humana por nacer y el derecho fundamental de la mujer embarazada de decidir sobre sí misma¹⁸.

¹⁷ Tribunal Constitucional, Portugal. Sentencia N° 75/2010, §11.4.2.

¹⁸ LAMACKOVA, Adriana. Op. Cit. p. 101.

23. El equilibrio que señala el tribunal, está dado en dos elementos de la ley de aborto: 1) los requisitos procesales, que se manifiestan en la exigencia de llenar una solicitud de aborto por escrito, someterse a un examen médico, tener una consejería con un médico que le informe a la mujer de las potenciales consecuencias del aborto en su salud y si la mujer después de cumplir con los requisitos antes expuesto aún considera interrumpir su embarazo, luego de la consejería debe pagar una cuota por el aborto; y 2) el límite gestacional de 12 semanas¹⁹. La sentencia afirma que los requisitos antes señalados, tienen por finalidad proteger la vida humana por nacer dando garantías en contra de “la decisión prematura o irreflexiva de la mujer sobre la interrupción artificial del embarazo”²⁰.

24. Por su parte, el Tribunal Constitucional de Portugal, también citada anteriormente, realizó el siguiente razonamiento:

“Este mandato constitucional (respeto de la vida prenatal) sin duda conduce a la necesidad de adoptar medidas preventivas, en dos direcciones: para evitar situaciones de embarazos no deseados...y la de contrarrestar las motivaciones abortivas, una vez iniciado ese estado [...] Es en este vasto y diversificado universo de normas y de estructuras (también) de protección del bien de la vida prenatal que se incrusta la regulación del acto específico de interrupción voluntaria del embarazo, donde predominan los instrumentos de derecho penal²¹”.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional de Portugal se aparta del precedente alemán, y marca una nueva doctrina en el constitucionalismo europeo **al considerar que el requisito de asesoramiento consejería, de carácter no disuasivo**, propuesto en la ley de aborto impugnada, era una forma de protección suficiente de la vida por nacer²². Lo anterior, lo llevó a concluir que:

¹⁹ Ibidem. pp. 101-102.

²⁰ Ibidem. p. 102.

²¹ Tribunal Constitucional, Portugal. Sentencia N° 75/2010, §11.4.3.

²² Ibidem. §11.4.13.

“Un derecho blando de la base útil, más promocional que represivo, puede crear condiciones en la mente y la voluntad de la mujer embarazada, que en aquellos casos en los que la duda interior aún subsiste después del inicio de la intención del proceso de externalización abortiva, la decisión venga a pender al lado de la vida²³”.

25. Esta línea del Tribunal Constitucional de Portugal, que parte del deber constitucional de proteger la vida por nacer, reivindica este valor constitucional sin involucrar la amenaza penal, justificando constitucionalmente la despenalización del aborto en conjunto con la consejería de resultado abierto, al igual que España.²⁴

26. Los casos antes expuestos, entregan criterios que sirven para interpretar el mandato constitucional de protección de la vida que está por nacer, a través de la ley, como un mandato que se ve plenamente satisfecho con el proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

27. Este proyecto de ley, regula tres situaciones trágicas, extremas y acotadas a las que las mujeres deben verse enfrentadas producto del infortunio. El proyecto no legisla el aborto libre, sino que lo circunscribe a tres hipótesis acotadas en relación con otras legislaciones nacionales con mayor permisividad.

28. Por su parte, las normas que permiten la regulación operativa de las condiciones que habilitan para interrumpir el embarazo, dan pleno cumplimiento al mandato constitucional que le entrega **a la ley la protección de la vida del que está por nacer**. Estas normas establecen un procedimiento con requisitos claros para operativizar la interrupción del embarazo, y derechos para las mujeres, que incluye entre otros:

a) Manifestación en forma expresa, previa y por escrito de la voluntad de interrumpir el embarazo en cualquiera de las tres causales (artículo 1° N° 1, inciso 2° al 14°, el cual sustituye el artículo 119 del código sanitario).

²³ Ibidem. §11.4.10.

²⁴ SIEGUEL, Reva. Op Cit. p. 53-55.

b) Diagnóstico médico, en la intervención contemplada en la hipótesis de peligro de vida para la madre. Además se exigen dos diagnósticos médicos en igual sentido de médicos especialistas, en la hipótesis de inviabilidad de vida extrauterina independiente, de carácter letal. Y finalmente se exige confirmación de la ocurrencia de los hechos que constituyen la hipótesis de interrupción del embarazo en caso de violación (artículo 1° N°2, el cual introduce el artículo 119 bis al código sanitario).

c) En la causal que consagra la interrupción del embarazo, cuando este sea resultado de una violación, se impone un plazo para hacer efectiva la voluntad y el procedimiento de interrupción. Plazo que es diferenciado por razones fácticas y médicas, y no por simple arbitrariedad o capricho (artículo 1° N° 1, letra c), el cual sustituye el artículo 119 del código sanitario).

d) Un programa de acompañamiento, tanto en el proceso de discernimiento, como durante el período siguiente a la toma de decisión (artículo 1° N° 1 inciso 11°).

e) Prohibición de 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 tres causales que contempla en proyecto de ley (artículo 1° N° 4, el cual introduce el artículo 119 quáter al código sanitario).

29. Lo anterior, entre otras medidas de protección del bien de la vida del que está por nacer, se incrusta en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, en las tres causales específicas y limitadas, dentro de un universo de leyes en nuestro país, donde predominan las prohibiciones mediante instrumentos de derecho penal.

Lo anterior, nos permite concluir que este proyecto de ley no desprotege la vida del que está por nacer, y utiliza medios distintos a la amenaza penal para dar cumplimiento a este mandato.

Nicolás Godoy Fuentes
Abogado UDP
Magíster (C) en Derecho Público y Litigación Constitucional, UDP