

FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

ABORTO Y TC: UN FALLO CON PROFUNDAS CONSECUENCIAS ÉTICAS Y JURÍDICAS

Nº 232 | 27 de septiembre 2017



Ideas & Propuestas

RESUMEN EJECUTIVO

La sentencia recaída en el ROL 3729-17 es una mala noticia para Chile. No sólo porque la sentencia elude pronunciamientos explícitos en un sentido contrario ya fallados por este tribuna, sino porque también al considerar que el que está por nacer es un bien jurídico, y no reviste la dignidad de persona (cosa que contraviene el espíritu y la historia fidedigna expresa de alguna normas constitucionales), deja abierta la puerta a situaciones reñidas con el concepto de dignidad elemental, como lo es el aborto libre.



Foto: www.publico.es

I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 2 y 8 de agosto de 2017, un grupo de senadores y diputados, respectivamente, presentaron un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, a propósito de la aprobación del Proyecto de Ley que despenaliza la interrupción del embarazo en tres causales (Boletín 9895-11).

A modo de resumen, el proyecto sustituye el artículo 119 del código sanitario (que prohibía toda acción destinada a producir un aborto) por una nueva norma que estableció que “mediando la voluntad de la mujer, es permitido a un médico cirujano interrumpir el embarazo cuando: a) la mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida; b) el embrión o feto padezca de una alteración estructural congénita o genética de carácter letal o; c) sea el resultado de una violación.”¹ Aducen que lo anterior en caso alguno es una mera despenalización, imponiendo más bien una obligación puesto que se califica la interrupción del embarazo como una prestación médica.

La sentencia recaída en el ROL 3729-17 posee un profundo contenido ético y jurídico, no sólo por el resultado del mismo –permitir la introducción del aborto en Chile– sino por los fundamentos jurídicos y políticos que subyacen a la decisión del Tribunal Constitucional. El objetivo de este trabajo es analizar someramente las posturas de los requirentes, las observaciones de la Presidenta de la República, y el voto de mayoría en relación a la introducción de las 3 causales de aborto que propuso el proyecto y los razonamientos que llevaron al Tribunal Constitucional a declararlo constitucional. No nos pronunciaremos en este trabajo en relación ni a la objeción de conciencia y ni a los votos de minoría y las prevenciones hechas por los Ministros. De ahí que los conflictos de constitucionalidad 3 y 4 (que se expresan en el apartado siguiente), sólo serán enunciados.

Nuestro interés es poner a disposición una síntesis para la mejor comprensión de una sentencia que incluye elementos constitucionales, jurídicos, morales y que será parte del debate nacional por un lapso de tiempo difícil de calcular.

¹ Artículo 1º de la ley 21.030, publicada en el Diario Oficial el 23 de septiembre de 2017.

II. CONFLICTOS DE CONSTITUCIONALIDAD SOMETIDOS AL CONOCIMIENTO

2.1. Primer conflicto:

El legislador habría excedido su competencia, vulnerando el mandato del Artículo 19 N° 1 inciso segundo, que se refiere a la protección de la vida del que está por nacer.

Los requirentes fundaron sus alegaciones en los siguientes elementos:

- El introducir 3 causales de aborto directo o provocado (lo que en el proyecto se denomina “interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”, pugna directamente con el mandato que el constituyente otorga al legislador de proteger la vida del que está por nacer. De esta forma, el resto de la preceptiva (las normas operativas para acceder a la prestación, como también el programa de acompañamiento y la objeción de conciencia), serían por ende, inconstitucionales.
- De esta forma, no nos encontramos frente a una mera despenalización de la interrupción del embarazo, sino a una prestación efectiva, que se traduce en la generación de una serie de preceptos y estatutos en aras de exigir, en determinados casos, una prestación abortiva junto a sus elementos conexos (como, por ejemplo, el programa de acompañamiento).
- El Artículo 19 N° 1, al prescribir que la ley protege la vida del que está por nacer, tiene sus raíces en la consideración de entender la vida humana como un hecho biológico definido por la ciencia y, como tal, objeto de protección desde su

inicio en la concepción, momento desde el cual se está en presencia de un ser humano que reúne todas las calidades y requisitos de tal y desde el cual debe ser considerado persona. En ese sentido, el deber de protección no puede considerarse de manera diferenciada, pues la Constitución no distingue entre los miembros de la especie humana para efectos de reconocer las garantías constitucionales.

La Presidenta de la República en su respuesta señaló:

- Este fue un proyecto que se debatió largamente en el Congreso Nacional, en el contexto de una deliberación democrática y donde el Tribunal Constitucional le debe deferencia al legislador, el cual se erige como un criterio que debe ser de utilidad para hacer frente a la tensión entre justicia constitucional y democracia.
- Por otra parte, el proyecto de ley mal podría contribuir a la producción de abortos habida cuenta que estos ya se producen en Chile y en condiciones inseguras, por lo que el Estado debe abandonar la vía penal para hacer frente a este problema el cual, de perpetrarse, viola los derechos fundamentales de las mujeres que se encuentran en las tres causales que propone el proyecto.
- El proyecto no obligaría a nadie a practicarse un aborto, sino que busca evitar que las mujeres que se encuentran en dichas causales tengan que hacer un sacrificio “supererogatorio” el cual es inexigible y afecta de manera directa los derechos fundamentales.

- La Constitución distingue al que está por nacer de las personas. De la lectura y del tenor literal del Artículo 19 N° 1 se desprende que son las personas quienes detentan el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, por lo que “el que está por nacer” se encuentra en un estatuto distinto del de la personalidad. Así, el mandato de protección que la constitución le otorga al legislador, debe comprenderse como un mandato de optimización y debe comprender el ámbito de todos los derechos fundamentales constitucionales. De esta forma, el sentido del inciso segundo del Artículo 19 N° 1 es habilitarlo para que decida la forma de protección y realice el ejercicio de ponderación entre este interés u otros intereses o derechos constitucionales.

2.2. Segundo conflicto: El proyecto produciría profundas discriminaciones arbitrarias, contraviniendo el principio de igualdad ante la ley.

Sobre este tema, los requirentes fundaron sus alegaciones en los siguientes elementos:

- El legislador no está habilitado para introducir categorías de personas en que el derecho a la vida e integridad física y psíquica se encuentre atenuado o sea inexistente.

La Presidenta de la República en su respuesta señaló:

- Los mandatos constitucionales de protección al embrión o feto y de respeto a los derechos de la mujer evidencian la diferencia que existe entre ambos, quienes se encuentran en situa-

ciones fácticas y jurídicas distintas, lo que no implica desproteger al primero, sino resguardar los derechos de mujeres, que en graves casos arriesgan su propia vida.

2.3. Tercer conflicto: El articulado vulneraría la libertad de conciencia y el derecho a ejercer la profesión médica y, desde allí, transgrediría la garantía esencial de los derechos.

Señalaron los requirentes:

- El proyecto establece un caso en que la objeción de conciencia no sería aplicable (el caso en que la mujer requiera atención médica impostergable y no existiese otro profesional no objetor), lo que afectaría la libertad de conciencia de los profesionales de la salud y el derecho a la libertad de trabajo (Artículo 19 N° 6 y 16 respectivamente).

- En un sentido similar, el proyecto de ley restringe la posibilidad de deducir dicha objeción, pues no permite que se deduzca al resto del personal sanitario no profesional y en instancias diversas a la meramente quirúrgica.

La Presidenta de la República argumentó:

- La objeción de conciencia es excepcional, y la forma en que está resuelto en el proyecto de ley, permite resolver por vía de excepción los conflictos entre mayorías y minorías que existen en toda sociedad, pues se concilia el derecho de las mujeres a acceder a prestaciones de salud legítimas y el derecho a la libertad de conciencia de los profesionales del área de la salud, cediendo cuando existe un bien jurídico superior en juego,



Foto: www.juninalminuto.com

como es la vía de la madre o la inminencia del vencimiento del plazo para deducir la causal de violación.

2.4. Cuarto conflicto:

El proyecto socavaría las bases de la institucionalidad, en cuanto no respeta el derecho de asociación y autonomía de los cuerpos intermedios (objeción de conciencia institucional)

Señalaron los requirentes:

- Es deber del Estado reconocer y amparar a los grupos intermedios, cosa que debe materializarse no sólo en la perspectiva administrativa, sino también legislativa. Así, el proyecto no se haría cargo de las instituciones cuyo ideario no es compatible con los postulados a los que refiere el proyecto.

Las Observaciones de la Presidenta de la República señalaron:

- Si bien el estado debe garantizar la autonomía de los cuerpos intermedios, la ley puede establecer restricciones o injerencias en el dere-

cho a la libertad de asociación, lo que también reconoce el pacto de San José de Costa Rica².

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA DIRIMIR LA CAUSA.

El Tribunal Constitucional consideró los siguientes elementos para poder dirimir el conflicto de constitucionalidad sometido a su conocimiento:³

- Establece el Tribunal que en esta sentencia no se va a decidir sobre el aborto, pues “esa es una decisión que tomó el Congreso Nacional. Vamos a revisar si esta decisión del legislador se enmarca dentro de los márgenes permitidos por la Constitución.” (c. 4).
- El Tribunal también descartó expresamente (c. 10) referirse al estatuto ontológico del *nasciturus*, hacer juicios morales sobre el aborto mismo, determinar si estamos en presencia de una “despenalización” o “legalización” del aborto ni a la relación sobre cómo afectan a Chile las

² Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de enero de 1969.

³ Para no desvirtuar la síntesis, se reproducen entre comillas indicando el considerando respectivo.

sentencias de los Tribunales Internacionales, ni los comités creados por los tratados internacionales.

3.1. La forma en que en el derecho comparado han resuelto estas controversias

- El Tribunal analiza el derecho comparado y sostiene que para los distintos fallos de jurisdicción constitucional en distintos países del mundo se han utilizado varios criterios para resolver la compatibilidad del aborto con sus respectivas constituciones (c. 19): En el caso de EEUU, se han utilizado la privacidad de la mujer; la viabilidad del feto; la carga inmerecida o indebida. En el caso alemán y portugués, se ha utilizado la inexistencia (“no se le puede exigir a la mujer más allá de lo razonable”).
- En relación a jurisprudencia emanada del mismo TC, recordó que la sentencia ROL 740/2007, en relación a un requerimiento en contra de la regulación vía decreto supremo de la píldora del día después que fue acogido, el tribunal “en lo que aquí interesa sostuvo que el que está por nacer es una persona. En cuanto a sujeto de derecho, por una parte, cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo. Por la otra, es un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre. Es un ser único e irrepetible. El que está por nacer, agregó el Tribunal, tiene dignidad, no puede ser subsumido en otra entidad y no puede ser manipulado. Y que la protección constitucional de la persona se inicia desde el momento de la concepción” (c. 21).

3.2. Criterios de interpretación que utilizó el Tribunal Constitucional en la presente causa

Respecto de los criterios que guiaron el razonamiento del tribunal, la sentencia enuncia varios. En primer lugar, el de “corrección funcional”. Establece que “es el Congreso Nacional la entidad llamada a establecer los marcos jurídicos que regulan nuestra sociedad”, por lo que los organismos colegisladores “tienen un ámbito de discrecionalidad inherente a las regulaciones” (c. 26). En segundo lugar, el criterio de “presunción de constitucionalidad”, por lo que “sólo en el caso en que no quepa conciliación posible entre el proyecto de ley y la Constitución, cabe la declaración de inconstitucionalidad. **Si hay una interpretación posible que permita dicha incompatibilidad debe optarse por este camino**” (c. 27). El tercer criterio es el sistemático. “Por muy importante que sean algunas de sus disposiciones, no pueden aislarse del resto y considerarla como la única existente, subordinando todo el resto de la Constitución a sus prescripciones o efectos” (c. 28). Un cuarto criterio es el “dinamicidad de la interpretación constitucional”: “Esta, por un lado, debe permitir la adaptación del texto a las distintas realidades. Y, por la otra, debe sujetarse a los cambios de contexto que puedan haberse producido entre la fecha de dictación de la Constitución y el momento en que se la aplica” (c. 29). “En este caso, **se pueden apreciar cambios constitucionales, legales y de derecho internacional que fortalecen la autonomía decisoria, la plena igualdad y los derechos de la mujer, que el intérprete de la Constitución no puede obviar;**” En relación a lo antecedentes que sirvieron de base a la dictación de la Constitución, como las actas tanto de la comisión Ortúzar como del Consejo de Estado, “debiera ser auxiliar, no central ni decisivo. También, en casos muy justificados y nunca para rigidizar el sentido del texto” (c. 30).

- Con todo, el Tribunal Constitucional menciona la discusión que sobre los preceptos constitucionales en disputa se dieron en el seno de la comisión Ortúzar. Trae a colación que “una parte de los integrantes –señores Guzmán, Silva Bascuñán– fueron partidarios de garantizar derechamente en la Constitución la vida del que está por nacer, teniendo presente para ello que el derecho a la vida necesariamente importa esa protección también en el rango constitucional. Otros, en cambio, fueron de parecer de no abordar el aborto en el nuevo ordenamiento. En este sentido el señor Ovalle, consideró que existen determinadas circunstancias de concurrencia de derechos que lo justifican. Por su parte, los comisionados señores Ortúzar y Evans, teniendo presente que se trataba de un tema naturalmente cruzado por convicciones religiosas, expresaron sus dudas en cuanto a si el texto constitucional debía cautelar en forma absoluta la vida del que está por nacer o, más bien, incluir una norma “flexible” que estatuya esa protección, pero a la vez permita que la ley autorice, en determinados casos, eliminar al no nacido, sin que ello importe delito, por ejemplo en la disyuntiva entre el derecho a la vida de la madre o del hijo” (c. 31):

“Finalmente, ante la falta de acuerdo, la referida Comisión de Estudios de la Nueva Constitución arribó a la conclusión de asegurar a nivel constitucional el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, el sujeto nacido, y dejar entregada al legislador la facultad de proteger la vida del que está por nacer y determinar las diversas hipótesis que puedan presentarse en la materia, tal y como ya se encuentra contemplado en el artículo 75 del código civil” (c. 31).

De esta forma, el voto de mayoría del tribunal discurrió en orden a distinguir que los niveles de protección de los incisos primero y segundo del artículo 19 tienen una intensidad distinta. Cuando el inciso segundo establece que *la ley protege la vida del que está por nacer* “importa entregar su resguardo al legislador (el cual) tiene un margen de adaptación o de flexibilidad para abordar casos en que la interrupción deliberada del embarazo no se considere constitutiva de delito” (c. 31):

“El legislador no tiene una reserva limitada o dirigida a prohibir el aborto, su redacción es simplemente habilitante para regular la protección. De otro modo, si se estimase que el derecho constitucional a la vida, reconocido en el inciso primero del artículo 19” (C.31)

- Finalmente, y en el mismo considerando, el tribunal señala que “es necesario tener presente que los derechos fundamentales no se conciben o consagran, ni pueden protegerse de modo absoluto o ilimitado, desde luego y en primer lugar, porque ellos encontrarán siempre un límite natural en el o los derechos de los otros, y, en segundo lugar, por las limitaciones o restricciones establecidas por la propia Constitución o por la ley siempre que no afecten el contenido esencial de tales derechos, según consta en el numeral 26 del Artículo 19 de la Constitución.” (c. 31)

3.3. Elementos que guiaron el razonamiento del Tribunal Constitucional

En su considerando 33, el organismo señala que los criterios interpretativos que se indicaron están acompañados de un razonamiento guiado que incluye cuatro aspectos: “el pluralismo que



Foto: www.archivo.globovision.com

garantiza nuestra Constitución, con la autonomía con los derechos de la mujer como persona, con el derecho penal concebido como última ratio y con los derechos de los pacientes”.

- En relación al pluralismo, dispone “que la Constitución garantiza el pluralismo organizativo y de ideas. Eso impide que se pueda imponer un modelo determinado de pensamiento, de moral, propio de una o más organizaciones, de una o más personas, al resto de la sociedad.” (c. 34).
- En relación a los derechos de la mujer, el tribunal dispone que las mujeres son personas, tienen la misma dignidad y derechos de los hombres, y que el Estado de Chile ha impulsado una serie de medidas legislativas, de tratados internacionales y administrativas para propender a la llamada equidad de género. En la actualidad, señala que existen nuevos énfasis en materia de no discriminación de la mujer, donde “destacan aspectos relacionados con la maternidad”. En ese sentido “El embarazo es un estado temporal,

propio de la mujer, normalmente voluntario, personalísimo, que compromete el cuerpo de la mujer. El embarazo compromete la integridad física y psíquica de la mujer, pues, entre otras cosas, el feto ocupa su cuerpo y provoca transformaciones físicas y fisiológicas” (c.39).

- En el caso del derecho penal, el tribunal sostiene que éste es de última ratio y “no puede operar siempre y a todo evento como instrumento de preservación de ciertos bienes jurídicos, pues puede resultar excesivo.” (c. 41)
- En relación a los derechos de los pacientes, existe un “cambio de paradigma” desde la entrada en vigencia de la ley de derechos y deberes de los pacientes (Ley N° 20.584) en la cual el acto médico ya no se lleva adelante con la sola discrecionalidad del facultativo, sino que centra la atención médica al paciente y sus derechos.

IV. EL FONDO DEL ASUNTO

4.1. La protección de la persona y del que está por nacer no es la misma.

- Es clave para el tribunal distinguir los dos primeros incisos del artículo 19 N° 1 de la Constitución. Mientras que en el inciso primero establece que *la Constitución garantiza a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, el inciso segundo establece que “la ley protege la vida del que está por nacer”*. “No es que la Constitución no establezca la protección; es que le encarga al legislador hacerlo. Introduce, por tanto, una mediación. Entregó a la ley un rol, sin asumirlo directamente. También porque habló *del que está por nacer*, en circunstancias que en el inciso primero habla de la *persona*.” (c. 46). En ese sentido, el mandato de protección no debe interpretarse como sinónimo de tipo penal ni “mandatos máximos y a todo evento. Tampoco han sido considerado títulos para sacrificar otros bienes jurídicos. Finalmente, tampoco ha impedido el desarrollo de nuevos derechos” (c. 46).

- En ese sentido, la “protección” no puede significar, ni desprotección, ni “sobrepotección, en el sentido que no existen medidas de todo tipo e indispensables en resguardo del no nacido; ni sobrepotección, en el sentido de medidas que vayan más allá de lo razonable y sacrifiquen derechos de otros. Por eso, no puede significar un mandato para descuidar a la mujer. Del texto de la Constitución no se desprende ni se infiere que la protección del que está por nacer sea un título que perjudique a la progenitora” (c. 47).

- El mismo considerando 47 establece consideraciones de una profundidad antropológica muy seria:

“...la madre no puede ser considerada como un instrumento utilitario de protección del no nacido. El legislador, precisamente y por ese deber primario, no puede ir contra la mujer imponiendo su voluntad e incluso poniendo en peligro su vida o imponiéndole deberes más allá de lo que a cualquier persona se le exige. La maternidad es un acto voluntario, que exige el compromiso vibrante de la mujer embarazada. No puede ser una imposición del Estado a cualquier costo de la mujer.”

- El Tribunal Constitucional equipara la interrupción del embarazo a la legítima defensa o la pena de muerte en cuanto a que el derecho a la vida no es un derecho absoluto. Puede privarse de la vida en la medida en que dicha privación no sea “arbitraria” (c. 48). En relación a cuando comienza la vida, el tribunal señaló que hay distintas leyes que tratan la materia por lo que “el Congreso Nacional se encuentra mucho más capacitado y legitimado para resolver una controversia de cuándo comienza la vida del que está por nacer, que esta Magistratura, dado la falta de una regla explícita en la Constitución” (c. 41).

En relación a la protección de la vida del que está por nacer, el tribunal da como ejemplo una serie de normas que han fomentado la protección de la vida del que está por nacer (desde el programa Chile Crece Contigo, la ley sobre investigación científica, el pre natal, etc.). Así, la protección del que está por



Foto: www.eltxoromatutino.com

nacer es heterogénea y no comprende solamente aspectos penales.

Además, son diseñadas por el legislador. Se enmarcan, por tanto, dentro del diseño del Artículo 19 N° 1 inciso segundo, es decir, proteger al que aún no nace, en los términos que el legislador vaya estructurando (c. 61). De esta forma, no es mediante la prohibición penal la única forma de ejercer el deber de protección.

4.2. La persona en la constitución

- La sentencia busca determinar qué significa persona en la constitución (pues reconoce que en el caso del código civil sólo se aplica dicha denominación desde el momento del nacimiento). Señala el TC que **“la Constitución también construye su concepto de persona a partir del nacimiento”** (c. 68). “En primer lugar, porque así lo establece el Artículo 1° inciso primero de la Constitución. Este establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

(c. 68). Así, el nacimiento para la constitución no es un hecho menor habida cuenta que determina la nacionalidad, la ciudadanía (tener 18 años) o una serie de requisitos para optar a funciones públicas que están basadas en la edad (para ser elegido Presidente, Diputado, Senador, Fiscal Nacional, Contralor, etc.).

- “Que el segundo argumento que se señala para no interpretar la expresión “nacen” del Artículo N° 1 inciso primero, como el hecho jurídico habilitante para adquirir la condición de persona, es una alcance que se hizo cuando se aprobó la reforma constitucional de la Ley 19.611, en el año 1999” (c. 71).⁴ A pesar que existió una constancia expresa en la sala del Senado para indicar que la modificación debía interpretarse también a favor de las personas que están por nacer, “el alcance que se formuló en la Sala tergilversa ese propósito, pues limita su autonomía frente al *nasciturus*,” (c. 72).

⁴ Esta ley modificó el artículo 1° de la constitución que decía “los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” por “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”

- La Constitución asegura el derecho a la vida a las personas. Sin embargo, el inciso segundo ya no emplea la expresión persona. Habla *del que está por nacer*. Esto se ve reforzado por la idea “que el resto de los numerales del Artículo 19, razonan sobre la base de que la persona está nacida o tiene una edad determinada” (c. 76). De esta forma, “el no nacido no tiene las condiciones habilitantes para que se le reconozca su condición de persona y titular de derechos.” (c. 77)

- **El que está por nacer, entonces, es un bien jurídico, de mucha importancia para la Constitución** (c. 78), que debe ser protegido, “pero cuya protección no puede hacerse sin la debida consideración a los derechos que tiene la mujer. La Constitución no habilita al Estado a que se pueda poner en peligro la vida de la madre ni le impone tener un hijo producto de una violación. Proteger al no nacido no es título para abandonar a la mujer”. **El legislador debe buscar la fórmula para que el que está por nacer pueda hacerlo. Pero a partir de cierto límite, los derechos de la mujer deben primar**” (c. 79).

4.3. Las 3 causales no desprotegen la vida del que está por nacer

“Que como se observa, el proyecto de ley a diferencia de lo sostenido por los requirentes, no desprotege al que está por nacer. En primer lugar, porque sigue habiendo delito de aborto. En segundo lugar, porque el proyecto sólo libera de reproche penal en tres causales. En tercer lugar, porque las causales están sometidas a estrictos requisitos, que no dependen sólo de la voluntad de la mujer, pues exigen un diagnóstico médico. Finalmente, porque el proyecto no deroga ni modifica el conjunto de disposiciones legales de todo tipo que buscan proteger al que está por nacer” (c. 85).



Foto: www.latercera.com / Aton Chile

V. CONCLUSIONES

El voto de mayoría en la presente sentencia nos permite efectuar las siguientes reflexiones:

5.1. Creemos que el Tribunal Constitucional no fue consistente a la hora de referirse al no nacido. A pesar que el fallo pretendió descartar expresamente un razonamiento sobre la naturaleza ontológica del *nasciturus* (c. 10), hizo un largo razonamiento para descartar que el que está por nacer tenga la categoría constitucional de persona para efectos constitucionales, lo que parece afectar la coherencia de la argumentación. Por el contrario, le da una naturaleza ontológica aunque el fallo lo niegue: la naturaleza de bien jurídico.

5.2. El Tribunal se basa en razones de texto positivo (las personas nacen...) y de coherencia entre las distintas normas para declarar que el no nacido no es persona para efectos constitucionales, obviando y eludiendo de manera evidente las consideraciones contenidas en la sentencia Rol 740-2007 en las que se reco-

noció expresamente que el que está por nacer es persona. Esto resulta de especial gravedad habida cuenta que en dicha sentencia quedó de manifiesto, de manera categórica, por qué el no nacido era persona y gozaba de derechos. Esto pone en una situación compleja la validez de sentencias dictadas por el tribunal en forma previa. El Tribunal Constitucional ya había zanjado la cuestión sobre el *nasciturus*. El considerando 50 de la sentencia 740-2007 fue claro en señalar: **En efecto, si al momento de la concepción surge un individuo que cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo, constituyéndose en un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre -como ha sido afirmado en estos autos-, es posible afirmar que estamos frente a una persona en cuanto sujeto de derecho. 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.**

Esto, simplemente no puede ni debe pasar inadvertido. Cuando se sostiene que sólo procede acoger el requerimiento cuando no existe posibilidad alguna de hacer que la norma propuesta sea compatible con la Constitución, el Tribunal tuvo que declarar (contraviniendo expresamente argumentos de carácter general con los cuales ya resolvió un asunto de similar disputa “valórica”) simplemente que no es persona.

5.3. Lo anterior es decisivo por cuanto si lo anterior es efectivo –el no nacido no es persona– no hay razones para declarar el aborto libre contrario a la constitución. A pesar que el Tribunal Constitucional hace un importante esfuerzo para declarar la excepcionalidad de las tres causales, con la declaración que el *nasciturus* no es persona –por tanto no tiene derecho a la vida– la posibilidad de otorgar una protección legal eficaz se torna muy difusa. Al considerar al *nasciturus* como un “bien jurídico”, se relativiza su dignidad y se amplía el espectro de casos que harían susceptibles de eliminación ese bien jurídico al no ser susceptibles de derechos esenciales en la constitución. Así, hipótesis como las de aborto eugenésico o el aborto libre, basado en criterios “económicos” o “sociales” –pues la consideración al derecho al bienestar psíquico de la madre o de su honra harían predominar dichas garantías antes que las del *nasciturus*– serían perfectamente constitucionales de acuerdo a este fallo.

5.4. La sentencia omite las consideraciones referidas a que la regulación legal de un derecho no puede significar “la afectación de la esencia de ese mismo derecho”. Aun cuando se

considerase que el *nasciturus* no es persona, ¿Cómo puede concebirse la idea que el deber de protección sea compatible con la eliminación del destinatario de ese mismo deber de protección? En este caso el Tribunal se basó en un criterio de ponderación de derechos, cosa cuestionable, pero al coherente al menos en abstracto. Sin embargo, se sobrepasa todo límite de racionalidad al sostener que una ponderación justa pueda incluir la eliminación de un ente que es “sujeto de protección”.

5.5. A pesar que el fallo advierte que no pretende entrar en consideraciones morales o valóricas, llama profundamente la atención la forma en que el fallo caracteriza el fenómeno de la maternidad. Esto quizás es el aspecto más ideológico que contiene el fallo. Por ejemplo, en su considerando 52, establece que “afirmar que la vida comienza desde la concepción, implica establecer inmediatamente una separación y un interés contrapuesto entre la madre y el embrión o feto. También implica establecer inmediatamente una jerarquía, pues la madre pasa a ser el lugar donde el embarazo transcurre y donde la madre tiene poco que hacer o decir”. Esta es una consideración que, no solamente se contraviene a lo ya resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia Rol 740-2007, sino que claramente se extralimita y califica de interés contrapuesto “inmediatamente” la relación entre madre y embrión o feto. Además, establece una “relación de jerarquía” y donde la madre “tiene poco que hacer o decir”. Es evidente que el voto de mayoría ve en la relación maternal un espacio de sospecha, de intereses contrapuestos y de preeminencia ideológica de la mujer por sobre el que está por nacer. Lamentablemente, esta

apreciación no es respecto casos extremos. La situación de jerarquía de los derechos de la madre respecto a los del hijo no cambia en las 3 causales respecto de otras que puedan ser ampliadas.

Estamos sin duda, ante un fallo histórico que es una mala noticia para Chile. No sólo porque la sentencia elude pronunciamientos explícitos en un sentido contrario ya fallados por este tribunal. Además, al considerar que el que está por nacer es un bien jurídico y no reviste la dignidad de persona (cosa que contraviene el espíritu y la historia fidedigna expresa de alguna normas constitucionales), deja abierta la puerta a situaciones reñidas con el concepto de dignidad elemental, como lo es el aborto libre, al utilizar el criterio de la ponderación de derechos para fundamental la constitucionalidad de la eliminación del titular de protección jurídica del que está por nacer.



Capullo 2240, Providencia.