

Síntesis del análisis jurídico relativo a la constitucionalidad del proyecto de ley de despenalización del aborto en tres causales¹

Sobre la constitucionalidad del proyecto de ley

Lo primero a tener presente en este caso es el marco jurídico aplicable. El artículo 19 de la Constitución chilena de 1980 asegura a todas las personas “1° El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”. En el inciso segundo de este número se establece que “La ley protege la vida del que está por nacer”. *Estos dos incisos convivieron durante nueve años con la norma del Código Sanitario que permitía el aborto terapéutico para ciertos supuestos*². Sin embargo, en el año 1989 la ley 18.826 modificó esa disposición estableciendo en su lugar que “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”. Desde un análisis estrictamente jurídico-hermenéutico tanto de la Constitución como de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como a la luz de la más reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, **se concluye sin duda alguna que el proyecto de despenalización del aborto en tres causales es perfectamente constitucional**. De los elementos de interpretación constitucional con los que cuenta la doctrina y jurisprudencia para dar sentido y alcance al artículo 19 N°1, se desprende claramente la **compatibilidad entre el proyecto de ley de interrupción del embarazo en tres causales y la Constitución de 1980**. Esta conclusión es el resultado del siguiente análisis.

1 Elaborado por la Abogada y Dr. en Derecho Alejandra Zuñiga. Académica Universidad de Valparaíso, colaboradora de la Corporación Milies.

2 El artículo 119 del Código Sanitario rezaba como sigue: “Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos cirujanos”.

1.1 Interpretación literal y lógica: la Constitución distingue los tipos de protección

El artículo 19 N°1 reservó el inciso primero para enunciar “el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica *de la persona*”, mientras que en el segundo se trató de la protección legal debida al nasciturus. Se hizo una separación y distinción en la redacción de los dos incisos, que deja claro que la propia Constitución consideró que sólo son personas -y por ello titulares de derechos humanos- los seres humanos nacidos. Es evidente que si la Constitución hubiera considerado al nasciturus como titular de derechos humanos, *este segundo inciso habría sido perfectamente redundante*. **La diferencia de redacción entre los dos incisos hace perfectamente natural entender que mientras en el primero se reconoce el derecho a la vida de las personas, en el segundo se protege no un derecho sino un mero bien jurídico**. De modo que, si bien la Constitución ordena al legislador proteger la vida del que está por nacer, no prescribe cómo hacerlo y, por ende, el alcance e intensidad de los medios específicos escogidos para esa protección es una facultad del poder legislativo.

1.2 Interpretación sistemática: el legislador también distingue

La comprensión literal o gramatical de la norma coincide con su interpretación lógica y sistemática puesto que el resto del ordenamiento jurídico nacional, tanto en el ámbito civil como penal, considera como estatutos diferenciados aquellos

destinados a regular a las personas nacidas, por una parte, y al nasciturus, por otra. Así ocurre con las normas pertinentes del Código Civil, a propósito del inicio de la existencia legal de las personas, y del Código Penal, que distingue y sanciona de manera bien diferente el homicidio y el aborto. Así, el artículo 55 del Código Civil dispone que “son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, extirpe o condición”. Luego, en el Título II relativo al principio y fin de la existencia de las personas naturales, establece en el artículo 74 que “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre”. Por tanto, antes de nacer no existe legalmente una persona. A su turno, el Código Penal no sólo instituye para el aborto una pena inferior a las distintas formas de homicidio, incluidos el infanticidio y el parricidio, sino que lo regula en una sección distinta a la de los “delitos contra las “personas”³.

1.3 Interpretación histórica: el constituyente originario optó por distinguir

En tercer lugar, sin perjuicio de que el argumento histórico u originalista no resulta decisivo para interpretar un texto como la Constitución, en este caso confirma plenamente la argumentación anterior. En efecto, **la incorporación del mencionado inciso segundo tuvo precisamente como objetivo dejar claro que los redactores de la Constitución no pretendieron prohibir el aborto en todos los casos sino, cosa bien distinta, permitirlo, por ejemplo, en los supuestos de violación o de riesgo vital para la mujer.** El comisionado Ovalle expresó: “Aun cuando no es partidario del aborto, considera que hay determinadas circunstancias que lo justifican, en especial, en todos aquellos casos en que en virtud de un delito —la violación, por ejemplo— una mujer engendre en sus entrañas un hijo no querido por ella y, sobre todo, rechazado por ella. Le parece que, en esas circunstancias, el aborto se justifica plenamente; [...] si a su hija le ocurriera lo mismo que a esa mujer (una violación) y si ella se viera profundamente destruida por ese hecho y

³ Bajo el título de “Crímenes y Delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”, el artículo 342 N°1 dispone que el que maliciosamente causare un aborto será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo (cinco años y un día) si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada. A su turno, el N° 2 de la misma disposición castiga con la pena de presidio menor en su grado máximo (tres años y un día a cinco años) a quien, aunque no ejerza violencia, “obrare sin el consentimiento de la mujer”.

tuviera rechazo hacia el hijo, no la censuraría... Es por esta razón que no es partidario de prohibir absolutamente el aborto”⁴.

En la misma línea, el comisionado Evans estimó necesaria “la existencia de una norma flexible que autorice al legislador para privar de la vida al que está por nacer, en ciertos casos, sin que constituya delito, especialmente cuando se trate de un aborto terapéutico”. Finalmente, el presidente de la Comisión Constituyente, señor Ortúzar, señaló que: “si debiera afrontar el día de mañana el problema de decidir entre la vida de seres queridos, entre el derecho a la vida de la madre o del hijo, optaría por el de aquélla... La verdad es que acepta el aborto terapéutico en un caso calificado, como en el ejemplo que se ha propuesto, cuando se trata de salvar la vida de la madre, cuando se trata de la legítima defensa de la madre que también tiene el derecho a la vida”⁵. Por todo lo anterior, resulta claro que **el constituyente originario consideró necesario distinguir entre el reconocimiento del derecho a la vida de las personas, y la protección relativa del nasciturus, la cual debe ser armónica con los derechos humanos de las mujeres, descartando de plano la prohibición absoluta del aborto defendida por la minoría.**

1.4 Interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana distingue

La reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dispuesto que para una aplicación adecuada de un tratado internacional no basta con incorporar sólo el texto del tratado, sino que debemos incluir la interpretación que del mismo hace la propia Corte, intérprete última de la Convención Americana. Ello, además, con independencia de si el Estado ha sido parte o no en la jurisprudencia que trate. Luego, los agentes de ejercicio del Estado deben incorporar la jurisprudencia de la Corte IDH al parámetro convencional de control. Junto con ello, la Corte IDH ha aclarado que es susceptible de control todo cuanto sea necesario para cumplir las obligaciones internacionales

⁴ Actas oficiales de la comisión constituyente. Segunda parte de la sesión 87, celebrada en 14 de noviembre de 1974.

⁵ Ibíd, Actas oficiales Comisión Ortúzar.

del Estado en materia de derechos humanos: la actuación de las autoridades estatales, políticas públicas y, en especial en el control de las normas jurídicas internas, de modo que el control de convencionalidad se presenta como una nueva vertiente del control de constitucionalidad pues **ya no es la Constitución el parámetro último de control, sino que lo es el sistema internacional de protección de derechos humanos.**

En este marco, resulta ineludible para una adecuada interpretación de la Constitución, tomar en consideración especial la **SENTENCIA ARTAVIA MURILLO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, la que se ocupa de interpretar el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por primera vez en relación con los derechos reproductivos⁶. El primer fundamento de la afirmación de la Corte IDH de que el concebido y no nacido no es persona, en el sentido de la Convención Americana, descansa en la interpretación de la expresión “en general” empleada en el artículo 4.1. Conviene comenzar diciendo que la lectura literal de dicho precepto produce cierta perplejidad, pues de un lado parece estar afirmando el derecho de toda persona a la vida y el deber de protegerlo legalmente a partir de la concepción, mientras de otro lado parece pretender distinguir entre el derecho a la vida de las personas y la protección de la vida tras la concepción (y antes del nacimiento). *La introducción de la expresión “y, en general, a partir del momento de la concepción” indica claramente que se pretendía establecer una importante cualificación respecto a la vida del concebido y no nacido.*

En esta línea, las directrices de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la interpretación del artículo 19 N°1 de la Constitución chilena son:

1. El articulado de la Convención Americana sobre derechos humanos *no hace procedente otorgar el estatus de persona al embrión* (§ 223).
2. El objeto directo de protección del art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos es fundamentalmente la mujer embarazada (§ 223).
3. **A la luz del Pacto de San José de Costa Rica, la vida desde la concepción y antes del nacimiento es un derecho excepcional o limitable en la medida en que entre en**

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

conflicto con otros derechos, como en especial los derechos de autonomía de la mujer embarazada, que es el objeto directo de protección de la Convención (Corte Interamericana, §§ 264 y 223).

4. En base al principio de interpretación más favorable de los derechos y libertades reconocido en la Convención Americana, se declara inadmisibles la protección absoluta del derecho a la vida. En especial, aquella que comporte “la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o los limite en mayor medida que la prevista en ella” (§ 259).

5. **La protección del no nacido “es gradual e incremental según su desarrollo”** (§ 257, 264, 265 y 316).

1.5 Interpretación evolutiva de la Constitucional: contexto histórico

El Tribunal Constitucional español recuerda que “la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración **la observación de la realidad social jurídicamente relevante**”⁷. “Los derechos fundamentales no poseen un contenido concreto fijado una vez por todas, sino la preservación de una **comprensión de los derechos reconocible para la imagen que de ellos tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar**”⁸. La importancia de la interpretación evolutiva de las instituciones se ve reforzada con sentencias como sentencia Hillary Goodridge del Tribunal Supremo de Massachusetts, así como la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 9 de diciembre de 2004. En ellas se recuerda que la **CONSTITUCIÓN ES UN ÁRBOL VIVO QUE A TRAVÉS DE UNA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA SE ACOMODA A LAS REALIDADES DE LA VIDA MODERNA COMO MEDIO PARA ASEGURAR SU PROPIA RELEVANCIA Y LEGITIMIDAD.**

Como se sabe, **la gran mayoría de las organizaciones internacionales de protección de derechos humanos apoyan la despenalización del aborto.** Así, uno de los Objetivos de Desarrollo del Milenio relativo a la mejora de la Salud Materna que se ha propuesto alcanzar la Organización Mundial de la Salud, es precisamente la despenalización del aborto. Se suman las organizaciones Human Rights Watch,

⁷ Sentencia Tribunal Constitucional español 198/2012, de 6 de noviembre de 2012.

⁸ Íbid.

Amnistía Internacional, la Comisión Interamericana de DDHH, el Comité de DDHH de ONU, el Comité contra la Tortura, por indicar los casos más significativos. El Comité contra la Tortura destacó la incompatibilidad de la penalización total del aborto con la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos y Degradantes, por lo que demandó flexibilidad en el tratamiento legal del aborto terapéutico y en los abortos producidos por causa de violación o incesto⁹. La mayor parte de los países occidentales, cuyos principios y valores jurídicos son semejantes a los incorporados en la Constitución chilena, tienen ahora una regulación en relación con el aborto (declarada constitucional por sus respectivos tribunales) en la que se han incorporado las tres causales establecidas en este proyecto de despenalización. Sólo cuatro países en el mundo (El Salvador, Malta, Honduras y Nicaragua, lo que corresponde a un 2% de los países del mundo) tienen una legislación como la chilena. Y al igual que en el caso de Chile, son países señalados por los organismos de protección de derechos humanos, como infractores de los derechos humanos de las mujeres.

Es preciso considerar que la conciencia social del momento en Chile permite integrar con naturalidad el aborto en las tres causales propuestas en el proyecto. Es más, la opinión pública y la comunidad científica en relación con la percepción del aborto hacen imprescindible que este tribunal resuelva teniendo presente el contexto socio-cultural del momento en Chile, de modo de incorporar el sentir de quienes son, finalmente, los titulares de la soberanía estatal: el pueblo chileno. Los estudios sociológicos revelan sin duda alguna un alto grado de aceptación del aborto en la sociedad

chilena. Un 90% de la población nacional considera que la legislación nacional en la materia debería ser revisada. Asimismo, un 66,7% está de acuerdo con permitir el aborto bajo la causal violación, un 64,4% si está en peligro la vida de la mujer, mientras que un 64% está de acuerdo si hay inviabilidad fetal extrauterina¹⁰. En los estudios de opinión pública realizados por la *Universidad Diego Portales*, las variaciones entre los años 2009-2014 no superan los 10 puntos. En general es posible señalar que más del 65% de la población está de acuerdo con las tres causales.

También **Centro de Estudios Públicos (CEP)** ha desarrollado una encuesta durante el 2014, denominado "Estudio Nacional de Opinión Pública". Específicamente, el estudio incorpora los resultados de las tres causales en la aprobación o desaprobación del aborto. **La mayoría de los/ las encuestados/as está de acuerdo con despenalizar el aborto bajo las tres causales, siendo el riesgo de vida de la mujer la causal que tiene mayor aprobación, con un 72%¹¹**. Finalmente, la última encuesta de **CADEM**, del 7 septiembre de este año 2015, revela nuevamente una aprobación de la población al proyecto de despenalización del aborto en torno al 70% (la causal de violación e inviabilidad fetal) y un 75% cuando hay riesgo para la salud o vida de la mujer¹².

9 Comité contra la Tortura de Naciones Unidas.

10 Dides, Claudia, Benavente, Cristina, Sáez, Isabel, Morán, José Manuel (2011): Estudio de Opinión Pública sobre Aborto y Derechos Sexuales y Reproductivos: Brasil, Chile, México y Nicaragua, Santiago de Chile, FLACSO.

11 Centro de Estudios Públicos (CEP), Estudio Nacional de Opinión Pública N° 71. Julio, 2014.

12 Estudio de opinión N° 86, del 7 de septiembre de 2015. CADEM, Plaza pública. <http://plazapublica.cl/wp-content/uploads/658799.pdf>

miles
Derechos Sexuales y Reproductivos

Apoyan

ipas
Salud. Acceso. Derechos.

CATHOLICS
FOR
CHOICE

La corporación **MILES** es una organización no gubernamental de derecho privado sin fines de lucro. Su misión es generar conocimientos, políticas públicas, cambios legislativos y la articulación de redes para promover los derechos sexuales y reproductivos en el país en el marco de los Derechos Humanos, declarándonos respetuosos de las personas independiente de su raza, credo, origen étnico, ideología política, género, capacidades, orientación sexual y/o edad.

Ernesto Pinto Lagarrigue 183 / Recoleta
comunicaciones@mileschile.cl ■ www.mileschile.cl
Julio, 2016