



Santiago, veintiocho de agosto de dos mil diecisiete.

VISTOS:

Con fecha 2 de agosto de 2017, las señoras y señores Senadores de la República Juan Antonio Coloma Correa, Francisco Chahuán Chahuán, Alejandro García-Huidobro Sanfuentes, José García Ruminot, Iván Moreira Barros, Hernán Larraín Fernández, Manuel José Ossandón Irarrázabal, Víctor Pérez Varela, Baldo Prokurica Prokurica, Jacqueline Van Rysselbergue Herrera y Ena Von Baer Jahn, que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dicha Corporación, dedujeron ante esta Magistratura, conforme al artículo 93, inciso primero, N° 3°, de la Constitución Política, un requerimiento de inconstitucionalidad respecto de las normas que indican del proyecto de ley que "regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales", correspondiente al Boletín N° 9895-11.

El Pleno de esta Magistratura Constitucional, en resolución que rola a fojas 89, de 8 de agosto de 2017, acogió a trámite el referido requerimiento y, por resolución de igual fecha, a fojas 92, lo declaró admisible y ordenó ponerlo en conocimiento de S.E. la señora Presidenta de la República, del Senado y de la Cámara de Diputados, para que, en su calidad de órganos constitucionales interesados, dentro del plazo de cinco días, formularan las observaciones y acompañaran los antecedentes que estimaran pertinentes sobre la materia.

A su turno, con fecha 8 de agosto de 2017, las señoras y señores Diputados de la República Ramón Barros Montero, Germán Becker Alvear, Jaime Bellolio Avaria, Bernardo Berger Fett, Juan Antonio Coloma Álamos, José Manuel Edwards Silva, Gonzalo Fuenzalida Figueroa, Sergio Gahona Mazar, Gustavo Hasbún Selume, Javier Hernández



Hernández, María José Hoffmann Opazo, José Antonio Kast Rist, Javier Macaya Danús, Patricio Melero Abaroa, Andrea Molina Oliva, Cristián Monckeberg Bruner, Nicolás Monckeberg Díaz, Celso Morales Muñoz, Claudia Nogueira Fernández, Iván Norambuena Farías, Paulina Núñez Urrutia, Diego Paulsen Kehr, Leopoldo Pérez Lahsen, Jorge Rathgeb Schifferli, David Sandoval Plaza, Alejandro Santana Tirachini, Ernesto Silva Méndez, Arturo Squella Ovalle, Renzo Trisotti Martínez, Marisol Turres Figueroa, Jorge Ulloa Aguillón, Ignacio Urrutia Bonilla, Osvaldo Urrutia Soto, Enrique Van Rysselberghe Herrera, Germán Verdugo Soto y Felipe Ward Edwards, que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados, dedujeron también ante esta Magistratura, conforme al artículo 93, inciso primero, N° 3°, de la Constitución Política, un requerimiento de inconstitucionalidad respecto de las normas que indican del proyecto de ley que "regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales", correspondiente al Boletín N° 9895-11.

El Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno, a través de resolución de fecha 10 de agosto de 2017, a fojas 288, acogió a trámite el requerimiento presentado por los parlamentarios recién enunciados y, por resolución de igual fecha, a fojas 291, declaró su admisibilidad, ordenando ponerlo en conocimiento de S.E. la señora Presidenta de la República, del Senado y de la Cámara de Diputados, para que, en su calidad de órganos constitucionales interesados, dentro del plazo de cinco días, formularan las observaciones y acompañaran los antecedentes que estimaran pertinentes sobre la materia.

Luego, a través de resolución del día 10 de agosto de 2017, que rola a fojas 295, teniendo presente que esta acción de inconstitucionalidad impugna iguales grupos de normas que el requerimiento previamente deducido por un



grupo de señoras y señores Senadores de la República, resolvió disponer su acumulación.

Con fecha 11 de agosto de 2017, a fojas 305, el señor Presidente de la H. Cámara de Diputados, en representación de dicha Corporación, formuló dentro de plazo observaciones de fondo respecto de los requerimientos acumulados, instando por el total rechazo de los mismos, atendidas las argumentaciones desarrolladas en dicha presentación.

Finalmente, el día 13 de agosto de 2017, a fojas 330, S.E. la señora Presidenta de la República, doña Michelle Bachelet Jeria, en presentación suscrita también por el señor Ministro Secretario General de la Presidencia, don Nicolás Eyzaguirre Guzmán, formuló dentro de plazo observaciones respecto de ambos requerimientos, solicitando su total rechazo, exponiendo que la totalidad de las disposiciones impugnadas se encuentran ajustadas a la Constitución Política de la República.

A los efectos de exponer los planteamientos de los actores, así como de los órganos constitucionales interesados que se hicieron parte en estos autos, se consignarán las disposiciones objetadas contenidas en el proyecto de ley Boletín N° 9895-11, así como los argumentos contextuales y fundamentos de derecho que sirven de apoyo a las acciones presentadas, identificando los conflictos de constitucionalidad que las señoras y los señores parlamentarios requirentes denuncian en sus libelos. Junto a ello, en cada apartado, se explicitarán las argumentaciones desarrolladas por S.E. la señora Presidenta de la República y, en su caso, por el señor Presidente de la Cámara de Diputados, en que instaron por el rechazo de los requerimientos incoados ante esta Magistratura.



I. NORMAS IMPUGNADAS DEL PROYECTO DE LEY.

Los requirentes solicitan que el Tribunal Constitucional declare inconstitucionales y, en consecuencia, suprima las siguientes normas del proyecto de ley:

1. El artículo 1º, numeral 1º, del proyecto de ley, que sustituye el artículo 119 del Código Sanitario, cuyas disposiciones son las siguientes:

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

1. *Sustitúyese el artículo 119 por el siguiente:*

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

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

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

- 3) *Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación.*

En cualquiera de las causales anteriores, la mujer deberá manifestar en forma expresa, previa y por escrito su voluntad de interrumpir el embarazo. Cuando ello no



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

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

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



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

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

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

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

Si a juicio del equipo de salud existen antecedentes que hagan deducir razonablemente que proporcionar esta información al representante legal señalado por la adolescente podría generar a ella un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad, se prescindirá de la comunicación al representante y, en su lugar, se informará al adulto



familiar que la adolescente indique y, en caso de no haberlo, al adulto responsable que ella señale.

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

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

En el marco de las tres causales reguladas en el inciso primero, la mujer tendrá derecho a un programa de acompañamiento, tanto en su proceso de discernimiento, como durante el período siguiente a la toma de decisión, que comprende el tiempo anterior y posterior al parto o a la interrupción del embarazo, según sea el caso. Este acompañamiento incluirá acciones de acogida y apoyo biopsicosocial ante la confirmación del diagnóstico y en cualquier otro momento de este proceso. En caso de continuación del embarazo, junto con ofrecer el apoyo descrito, se otorgará información pertinente a la condición de salud y se activarán las redes de apoyo.

Este acompañamiento sólo podrá realizarse en la medida que la mujer lo autorice, deberá ser personalizado y respetuoso de su libre decisión. En el caso de concurrir la circunstancia descrita en el número 3) del inciso primero, se proveerá a la mujer de la información necesaria para que pueda presentar una denuncia.

En la situación descrita en el número 2) del inciso primero, el prestador de salud proporcionará los cuidados paliativos que el caso exija, tanto si se trata del parto como de la interrupción del embarazo con sobrevivencia del nacido.

Las prestaciones incluidas en el programa de acompañamiento a las mujeres que se encuentren en alguna de las tres causales serán reguladas por un decreto de las autoridades a que se refiere la letra b) del artículo 143 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud. Asimismo, se establecerán los criterios para la confección de un listado de instituciones sin fines de lucro que ofrezcan apoyo adicional al programa de acompañamiento, el que deberá ser entregado de acuerdo al inciso undécimo. La madre podrá siempre solicitar que el acompañamiento a que tiene derecho le sea otorgado por instituciones u organizaciones de la sociedad civil, las que deberán estar acreditadas mediante decreto supremo dictado por el Ministerio de Salud, todo ello conforme a un reglamento dictado al efecto. La mujer podrá elegir libremente tanto la entidad como el programa de acompañamiento que estime más adecuado a su situación particular y convicciones personales¹.

¹ Se deja constancia que en el libelo de autos deducido bajo el Rol N° 3729-17-CPT, las señoras y señores Senadores requirentes no objetaron la constitucionalidad de las frases contenidas en el artículo 1°, inciso decimotercero, del proyecto de ley, en sus disposiciones, "La madre podrá siempre solicitar que el acompañamiento a que tiene derecho le sea otorgado por instituciones u organizaciones de la sociedad civil, las que deberán estar acreditadas mediante decreto supremo dictado por el Ministerio de

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

2. El artículo 1°, numeral 2°, del proyecto de ley, que incorpora un nuevo artículo 119 bis al Código Sanitario, cuyo articulado es el siguiente:

“2. Incorpórase el siguiente artículo 119 bis:

“Artículo 119 bis. Para realizar la intervención contemplada en el número 1) del inciso primero del

Salud, todo ello conforme a un reglamento dictado al efecto. La mujer podrá elegir libremente tanto la entidad como el programa de acompañamiento que estime más adecuado a su situación particular y convicciones personales.”, preceptiva que si fue denunciada como contraria a la Carta Fundamental por los señores y señoras Diputados requirentes en la causa Rol N° 3751-17-CPT.

artículo anterior, se deberá contar con el respectivo diagnóstico médico.

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

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

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

Tratándose de una mujer mayor de 18 años que no haya denunciado el delito de violación, los jefes de establecimientos hospitalarios o clínicas particulares deberán poner en conocimiento del Ministerio Público este delito, con la finalidad de que investigue de oficio al o los responsables².

² Se deja constancia que en el libelo de autos deducido bajo el Rol N° 3571-17-CPT, las señoras y señores Diputados requirentes no objetaron la constitucionalidad del artículo 1°, numeral 2°, inciso quinto del proyecto de ley, que introduce un nuevo artículo 119 bis al Código Sanitario, preceptiva que sí fue denunciada como contraria

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

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

3. El artículo 1°, numeral 3°, del proyecto de ley, que introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario, cuya normativa es la siguiente:

“3. Introdúcese el siguiente artículo 119 ter:

“Artículo 119 ter. El médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso primero del artículo 119 podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. De este mismo derecho gozará el resto del personal profesional al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención. En este caso, el establecimiento tendrá la obligación de reasignar de inmediato otro profesional no objetante a la paciente. Si el establecimiento de salud no cuenta con ningún facultativo que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio



de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia. Dichos protocolos deberán asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo en conformidad con los artículos anteriores. La objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución.

Si el profesional que ha manifestado objeción de conciencia es requerido para interrumpir un embarazo, tendrá la obligación de informar de inmediato al director del establecimiento de salud que la mujer requirente debe ser derivada.

En el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del número 1) del inciso primero del artículo 119, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención. Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119."

4. El artículo 1°, numeral 4°, del proyecto de ley, que introduce un nuevo artículo 119 quáter al Código Sanitario, cuya preceptiva es la siguiente:

"4. Incorpórase el siguiente artículo 119 quáter:

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

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

5. El **artículo 2° del proyecto de ley**, que reemplaza el artículo 344 del Código Penal, cuyas disposiciones señalan:

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

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

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

6. El **artículo 3° del proyecto de ley**, que introduce modificaciones al artículo 13 bis, inciso primero, de la Ley N° 19.451, cuyo texto es el siguiente:

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



7. El artículo transitorio del proyecto de ley, que dispone:

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

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

II. PLANTEAMIENTOS GENERALES QUE CONTEXTUALIZAN LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES SOMETIDOS AL CONOCIMIENTO Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL.

1. Argumentos de las señoras y señores parlamentarios requirentes.

Como antecedente basal de su libelo, las señoras y señores Senadores requirentes, a fojas 9, solicitan la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1º, numeral 1º, inciso primero, del proyecto de ley, preceptiva que introduciría en nuestra legislación tres causales de aborto directo o provocado, lo que el



proyecto denomina como "interrupción voluntaria del embarazo". Esta cuestión, exponen, pugna con el mandato que el Constituyente dispuso al legislador en el artículo 19, numeral 1º, inciso segundo, de la Carta Fundamental: proteger siempre la vida del que está por nacer. Aducen que el resto de la preceptiva del proyecto es reprochado por su directa vinculación con dicho artículo 1º N° 1, dado que de éste dependen para su debida inteligencia, aplicación y subsistencia, por lo que, decretada por este Tribunal la inconstitucionalidad de dicha normativa, el resto del articulado carece de sentido y utilidad propia.

Los actores refieren que, en términos generales, el proyecto propone sustituir íntegramente el artículo 119 del Código Sanitario, que hoy imposibilita en nuestro ordenamiento jurídico la ejecución de acción alguna destinada a provocar un aborto. La nueva regulación dispone 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. 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.

Comentan que si bien en una conducta que es previamente tipificada como delito la innovación legislativa permite despenalizar, legalizar o legitimar, el mensaje presidencial del proyecto de ley refiere explícitamente que el recurso al aborto ha de garantizarse en lo sucesivo como una legítima prestación de salud, señalando éste que "en el centro de la propuesta están los derechos de las mujeres". Al normar, incluso, la objeción de conciencia para su práctica, se



reafirma el carácter de un nuevo derecho que las mujeres podrán exigir a terceros, incluso contra la voluntad de éstos y el juicio verdadero de su conciencia. Por ello el proyecto no despenaliza; más bien, legaliza y legitima, a diferencia de la actual redacción del artículo 119 del Código Sanitario, en que no se prohíben actos que conforme a la praxis médica interrumpen el embarazo provocando la muerte del que está por nacer como un efecto no querido, dado que existe para ello razón proporcionada. Por lo mismo refieren que no se presentan hoy casos reales que hagan necesaria la regulación propuesta en la primera causal del proyecto, en que cederá siempre la vida del que está por nacer frente a la voluntad de la madre. Todos éstos son resueltos conforme la *lex artis* vigente.

Agregan que el proyecto consagra deliberada, autónoma y directamente, terminar con la vida de un ser de la especie humana inocente que no ha nacido. Ése es el derecho que nace frente a terceros.

En similar línea argumentativa, los diputados requirentes apuntan que la mera despenalización es una acción que realiza el legislador en que sólo quita la criminalidad a un acto, el que deja de ser considerado como un hecho injusto. En caso alguno es posible sostener que existe una despenalización si existen asociados elementos adicionales que reglan la conducta impugnada, pues ello implicaría extralimitar el campo de acción del injusto, generando un marco de acción, lo que lleva a que la discusión se centre más bien en la legalización, en que se confiere un derecho, reglamentándose una conducta, lo que va más allá de la mera tolerancia o eliminación del injusto y su reprochabilidad, a través de la generación de una serie de preceptos y estatutos, derechos y obligaciones mutuas entre los intervinientes

y, la posibilidad cierta de exigencia por el beneficiario dada la despenalización de la figura.

Los recién enunciados actores comentan que el proyecto en discusión se inscribe en esta lógica. La persona beneficiada con la exención de responsabilidad penal podrá, de rechazarse los requerimientos incoados, exigir una prestación abortiva junto a sus elementos conexos como un espacio de "acompañamiento" y la eventual posibilidad de accionar conforme a la Ley Antidiscriminación. En caso alguno, tampoco, puede subsumirse la conducta despenalizada como una causal de justificación fundada en el principio del interés preponderante cuando se basa en la actuación de un derecho.

Agregan que Chile nunca tuvo aborto terapéutico, conforme mal se le denomina. Las palabras "aborto" y "terapéutico" son incompatibles. La idea de un aborto provocado implica siempre la supresión intencionada de la vida del que está por nacer y mal puede entenderse que ello evoque a un tratamiento o terapia conforme la *lex artis* médica. Por lo mismo exponen que resulta ética, jurídica y moralmente reprochable que el ordenamiento jurídico permita la acción directa y deliberada con el objeto de eliminar una vida en gestación, aunque exista un propósito terapéutico para ello. La norma anterior a 1989 fue dictada en un contexto constitucional en que la Carta Fundamental vigente no reconocía la vida del que está por nacer y no encomendaba mandato de protección alguno al legislador. Unido a ello, no distinguía si con algún fin o propósito terapéutico se estaba en presencia de un aborto directo o si se estaba en presencia de una terapia de la madre con resultado de aborto indirecto, es decir, a través del principio del doble efecto.



2. Observaciones de S.E. la señora Presidenta de la República y del señor Presidente de la H. Cámara de Diputados.

En su traslado, expone la Jefa de Estado que este proyecto de ley fue extensamente debatido en el Congreso Nacional por más de dos años de tramitación. En ambas Cámaras se recibieron a más de doscientos invitados e invitadas representantes de una amplia diversidad de posturas políticas, religiosas y espirituales, lo que permitió alcanzar un amplio acuerdo de mayoría. Por ello incuestionable resulta que el proyecto está legitimado por un proceso democrático que consideró los intereses ciudadanos, cuestión coherente con la definición constitucional de Chile como una República Democrática en que el ejercicio de la soberanía radica en el pueblo, por lo que resulta conforme a derecho encomendar la dirección de los asuntos públicos a los órganos sobre los que existe control político.

A su turno, en equivalentes términos, el señor Presidente de la Cámara de Diputados agrega que el acuerdo de la Sala de dicha corporación de comparecer en estos autos fue motivado por la necesidad de defender un proyecto aprobado por la mayoría de dicha Sala, cuestión obviada por los requirentes en sus libelos, como una política que sea patente hacia el futuro, en el sentido de actuar frente a pretensiones de minorías que a través de un órgano distinto al Poder Legislativo quiera imponer sus posiciones. Por lo mismo expone la necesidad de reivindicar al Congreso Nacional como el espacio de discusión política, refiriéndose latamente al trabajo legislativo desarrollado por las diversas comisiones que conocieron del proyecto de ley impugnado en estos autos. Hace presente que este Tribunal es un tribunal de derecho y la cuestión de constitucionalidad siempre un conflicto de corte normativo, por lo que las cuestiones morales,



éticas, socioculturales o axiológicas son ajenas a su competencia.

Enlazado con lo anterior, tanto la Jefa de Estado como el señor Presidente de la Cámara compareciente, refieren que esta Magistratura debe deferencia al legislador, criterio útil para hacer frente a la tensión entre justicia constitucional y democracia. Este Tribunal ha seguido lo anterior, presumiendo la constitucionalidad de los actos del legislador democrático, salvo una evidente pugna con nuestra Constitución que resulte imposible de conciliar. Denunciada dicha circunstancia, la carga de argumentar ha de recaer en los requirentes pero, en este caso, sus alegaciones están basadas en comprensiones erróneas del proyecto, afirmando falsedades a su respecto.

La señora Presidenta enuncia que el proyecto de ley no legaliza el aborto libre, sólo despenaliza en tres causas extremas. El articulado del proyecto no puede producir abortos, dado que éstos ya existen en Chile, buscando más bien hacerse cargo de una dramática realidad, dado que la persecución penal no es buen método para evitarlos. Hoy en Chile se practican abortos de manera insegura, afectándose a las mujeres que se encuentran en las tres causales, violando sus derechos fundamentales. Con este proyecto se levanta de forma restringida una prohibición que hoy es absoluta. La legislación actual imposibilita a las mujeres en estas causales a tomar una decisión respecto a su embarazo, imponiendo penas privativas de libertad que van de los quinientos cuarenta y un días a cinco años, según sea el caso.

Agrega que las causales que aprobó el Congreso Nacional no son extrañas en el derecho comparado. Han sido aprobadas en legislaciones de países como Argentina, Colombia, Italia, Polonia, entre otros. Hoy, Chile es uno

de las seis naciones en el mundo que establecen una prohibición absoluta respecto del aborto.

Refiere que la primera causal, riesgo vital de la mujer, no es caprichosa. No es cualquier deseo de la mujer el que busca proteger. Se trata de su deseo de vivir. No es, tampoco, un malestar hipotético o eventual. Es el riesgo vital de la mujer que debe ser comprobado por el médico respectivo. A pesar de lo afirmado por los requirentes en sus libelos, el texto de la ley hoy no permite al aborto bajo ningún caso, ni siquiera para el dramático caso de salvar la vida de la mujer. Es una cuestión de incerteza que provoca perjuicios claros y determinables.

A su turno, argumenta que la segunda causal se hace cargo de que existen patologías que se presentan durante la gestación, a las que la medicina no puede dar solución, diagnosticándose la muerte del feto en un periodo breve o su sobrevivencia por un tiempo mínimo. Son casos de rara ocurrencia, en el orden de dos por mil nacidos. Pero, cuando ocurren, exponen a la mujer a un sufrimiento incomparable a cualquier otro. Hoy, confirmado un diagnóstico de esta naturaleza se obliga a la mujer a vivir un enorme sufrimiento, puesto que debe esperar la muerte del embrión o feto en su vientre. Agrega la señora Presidenta que esta causal, en caso alguno, incluye situaciones en que el feto tiene una malformación significativa no letal, como trisomía 21 o síndrome de Down.

Finalmente, hace presente que la tercera causal norma la situación de violación, acto que implica una vulneración de la integridad física y psíquica de la mujer, un atentado a su dignidad, al derecho a su intimidad, a su autodeterminación sexual, a su libertad. Peor aún, la víctima puede quedar embarazada por dicho crimen, quedando obligada a mantener no sólo la huella

indeleble de la violación, sino también un embarazo forzado. Al constatarse que el Estado falló al impedir la violación, el legislador hoy ha estimado que debe evitarse que el mismo Estado continúe generando un daño al tratar a la mujer como delincuente. Se reconoce que obligarla a mantener ese embarazo es un sacrificio supererogatorio, inexigible a la mujer, adolescente o niña violada, lo que afecta sus derechos fundamentales. El Estado debe siempre cuidarla, jamás criminalizarla. Esta causal debe acreditarse en un tiempo determinado, con criterios técnicos, derivando los antecedentes al Ministerio Público para su investigación.

Finalmente, en este apartado, la señora Presidenta de la República comenta que el proyecto favorece una decisión reflexiva de las mujeres, en que ellas toman la decisión final. La ley es neutral frente a la mujer: no la empuja a interrumpir su embarazo, su voluntad nunca se presume, ella decidirá de manera informada cuando se enfrente a alguna de las tres causales, con derecho a un programa de acompañamiento, sea cual sea su decisión, en un esquema respetuoso de las convicciones morales de todas las personas, regulando quiénes y cómo pueden ser objetores de conciencia.

III. CONFLICTOS CONSTITUCIONALES DENUNCIADOS.

PRIMER CONFLICTO CONSTITUCIONAL.

El legislador habría excedido su competencia, vulnerando el mandato del artículo 19, numeral 1º, inciso segundo, de la Constitución, contraviniendo las bases en que se funda el Estado de Derecho.

La primera vulneración constitucional alegada en ambos libelos incoados, se enmarca en el principio de



juridicidad y el respeto a la supremacía constitucional con que deben actuar los órganos del Estado, que ya fuera recogido en Chile en la Carta de 1833. Comentan que el legislador se encuentra sujeto a la preceptiva constitucional, puesto que su competencia no está limitada sólo por las materias dispuestas en el artículo 63 de la Constitución, sino que debe someter su acción al Texto Supremo, no pudiendo atribuirse una autoridad que no le ha sido conferida. Recuerdan las diputadas y diputados requirentes, conforme lo razonara ya esta Magistratura en 1983, que conforme el artículo 6°, inciso segundo constitucional, los preceptos constitucionales - normas y principios- vinculan de manera directa tanto a las autoridades políticas como a los ciudadanos y son obligatorios para gobernantes y gobernados.

Así, la Constitución va delimitando la competencia legislativa en términos más o menos amplios o estrictos, en diversas materias, según el caso, lo que es una manifestación del principio de supremacía constitucional y, desde allí, del propio Estado de Derecho. Por ello la adecuación debe ser material y no puramente formal.

Agregan que lo anterior debe ser encuadrado en el enunciado del artículo 19 de la Carta Fundamental en torno a tres decisiones fundamentales que tomó el Constituyente: se aseguran los derechos fundamentales que son anteriores al texto mismo de la Constitución, que dependen de la naturaleza en sí del ser humano y no son un acto de otorgamiento del Estado; se habla de personas y no habitantes y, los derechos se aseguran a todas las personas sin distinciones de ninguna especie, cuestión armónica con la definición que recoge el Código Civil y que entrega el propio artículo 1° constitucional que sustituyó en 1999 la palabra hombres por personas.

Así, y en consideración a lo expuesto, se produce el principal conflicto constitucional que alegan las



senadoras y senadores requirentes, a fojas 21 y siguientes de su presentación. El artículo 19, numeral 1°, inciso segundo, de la Carta Fundamental impone al legislador una obligación clara y específica: proteger la vida del que está por nacer. Su accionar está delimitado y debe ser respetuoso y fiel al mandato de proteger al no nacido hasta que nazca. Si no cumple aquello, como sucede con el proyecto de ley objetado, no estará respetando el precepto constitucional que recoge una antigua tradición que encuentra raíces en el Derecho Romano y que fuera tomado por el codificador civil de 1855, en el sentido de que el concebido tiene una existencia independiente de la madre y por ello se le entiende como nacido para ciertos efectos civiles. Las diputadas y diputados requirentes agregan que esta norma recoge 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.

Abundan en señalar que la protección al que está por nacer no emana sólo del artículo 19, numeral 1°, inciso segundo. No es una protección diferenciada y de distinto rango, puesto que la Constitución de 1980 no previó distinción alguna entre los miembros de la especie humana y personas, y tampoco jerarquizó entre los derechos contenidos en ella. Muy por el contrario, el Texto demanda su ponderación y armonización para ser interpretado. Son personas, conforme el enunciado del artículo 19, todos quienes gozan del ejercicio de los derechos, naturales o jurídicas.

Agregan las senadoras y senadores requirentes en la misma idea, que la Constitución recogió la tradición jurídica chilena y de occidente en torno al deber de

protección, que encuentra manifestaciones tan preclaras como la Ley de Libertad de Vientres de 1822. Argumentan que no obstante surgir dudas en el seno de la Comisión asesora del Constituyente, apuntan que resultó inequívoco que la obligación del artículo 19, numeral 1°, inciso segundo, hunde sus raíces en el conocido artículo 75 del Código Civil. Y, si bien hubo observaciones en torno a la admisión de excepciones, se dejó sólo constancia en actas de las mismas. Esta transcripción de la preceptiva civil, agregan los diputados actores, no tuvo por objeto crear una dualidad de protecciones de distinto rango sobre la vida humana, sino sólo establecer el deber del legislador de proteger especialmente la vida del que está por nacer.

Así, en su libelo, los miembros del Senado que accionan, sostienen que es errado sostener que la competencia al legislador, a la luz de la preceptiva de la Carta Fundamental sea amplísima y tan discrecional que justifique la constitucionalidad de las tres causales de desprotección a la vida del que está por nacer configuradas por el proyecto de ley, que no hacen más que legalizar y legitimar el aborto directo. El mínimo negativo que el legislador no puede transgredir ha sido vulnerado con este proyecto, puesto que sólo puede mandar, prohibir o permitir acciones que protejan la existencia vital del no nacido hasta su nacimiento. En caso alguno el legislador chileno puede legislar desprotegiéndolo. Por ello, cuando la Constitución impone a la ley un deber, los órganos competentes, como esta Magistratura, deben constatar el incumplimiento de dicha misión, activando mecanismos de responsabilidad política o constitucional. Así, apuntan las diputadas y los diputados actores, que el inciso segundo del numeral 1° del artículo 19, no sólo debe ser leído en armonía con el inciso primero, sino que además, con la debida fuerza que posee como orden de la propia Constitución Política dirigida al legislador, tampoco está habilitado para



elegir las condiciones de protección, como su alcance, excepciones e incluso el retiro de la protección penal y civil, como ya lo sostuviera esta Magistratura en la sentencia Rol N° 740. Ello es aventurado y se opondría diametralmente a lo dispuesto en el artículo 19, numeral 26° de la Carta Fundamental.

Así, refieren que el proyecto implica un debilitamiento constitucional. En ambos libelos se sostiene que se ha legislado pasando por encima de su texto, a diferencia del año 1989, en que el propio legislador al derogar el artículo 119 del Código Sanitario, cumplió con el mandato de hacer consistente la legislación vigente con el deber que le era constitucionalmente exigido, prohibiendo el aborto directo o provocado, lo que ha tenido diversas manifestaciones legislativas posteriores, como la Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, la Ley sobre Investigación Científica, la Ley Sobre Regulación de la Fertilidad o, el artículo 16 del Código Sanitario, por mencionar algunas, en que se ha brindado protección al que está por nacer en armonía y respeto al texto de la Constitución. A dicho criterio se han plegado también, siempre, la Corte Suprema, la Contraloría General de la República y las Cortes de Apelaciones, ampliando y asegurando la tutela del no nacido.

Incluso, es más, agregan las diputadas y los diputados requirentes que junto a dicha jurisprudencia se debe tener presente lo señalado en el Informe sobre Calificación de Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos y de la Violencia Política que fuera elaborado por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, el que señaló entre las víctimas de violaciones de derechos humanos tanto a las madres como a

los hijos que resultaron muertos a consecuencia de actos cometidos por agentes del Estado.

Unido a lo anterior, argumentan que el legislador carece de competencia para jerarquizar *a priori* derechos fundamentales y bienes constitucionales. La autorización legal y el mandato para poner término a la vida de la madre implican legitimar la posibilidad de que el legislador pueda establecer en los casos previstos la primacía de su decisión deliberada y autónoma por sobre la vida del que está por nacer. No es admisible la posibilidad de que el legislador autorice de manera amplia el sacrificio de un derecho en pos de otro, invocando un bien constitucionalmente legítimo. Así, es inconstitucional afrontar conflictos trágicos o inconmensurables reconociendo abstractamente la superioridad de un derecho y de un bien sobre otro. El proyecto de ley iniciado en mensaje presidencial pretende establecer una jerarquía previa e inamovible entre derechos fundamentales, realizando acciones que no le competen.

Por lo expuesto solicitan que sea acogido dicho capítulo de inconstitucionalidad alegado, en los términos precedentemente enunciados.

Observaciones de S.E. la señora Presidenta de la República al primer conflicto constitucional alegado.

En su traslado, la Jefa de Estado señala que la totalidad de la normativa reprochada se encuentra conforme con la Constitución Política, por lo que insta al rechazo de la presentación que, a este respecto, formulan los requirentes.

Expone que la Constitución distingue al que está por nacer de las personas. Así, el tenor literal del artículo 19 N° 1° lleva a sostener que son las personas quienes

detentan el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. El que está por nacer se encuentra en un estatuto distinto al de la personalidad. Su mención en un inciso diferente indica que se trata de un caso especial. Si bien la protección de derechos corresponde a las personas, no hay incompatibilidad con la posibilidad de establecer deberes de protección.

Agrega que interpretaciones de corte útil o finalista, lógica, sistemática y con respeto a la historia fidedigna de su establecimiento, reafirman lo anterior. El derecho a la vida sólo se reconoce a las personas nacidas y no al que está por nacer.

Argumenta que el deber de protección consagrado en el inciso segundo es, precisamente, un deber, pero no una regla que no pueda ser quebrantada como una obligación. Por ello el legislador en caso alguno se ha extralimitado en sus facultades, adoptando una decisión a través del proyecto de ley hoy discutido en esta sede, dentro de los márgenes de discrecionalidad que la misma Constitución le ha otorgado, en el marco del respeto al Estado de Derecho.

Por ello enuncia que yerran en derecho los requirentes al afirmar que el legislador se ha extralimitado. El sentido del artículo 19, numeral 1°, inciso segundo, es habilitarlo para que decida la forma de protección y realice el ejercicio de ponderación entre este interés u otros intereses o derechos constitucionales. La disposición de la Carta Fundamental es clara en cuanto a que la protección de la vida del que está por nacer es materia de ley y, por tanto, entregada a la discrecionalidad del legislador. Los actores desconocen que éste tiene la posibilidad cierta de desarrollar los mínimos constitucionales sin tener por verdadero que todas las respuestas se encuentran en la Constitución. El proceso deliberativo de elaboración de

las leyes supone necesariamente que existe una solución legislativa compatible con la Carta Fundamental en cada caso. De no ser así, agrega la señora Presidenta, la deliberación política sería inútil.

En dicho contexto, refiere que en un Estado de Derecho Constitucional como el chileno, le corresponde al legislador regular y establecer los límites a los derechos y libertades de las personas. En la ley recae el deber de regular diversas materias, estableciendo normas de carácter general y obligatorio que estatuyan las bases esenciales de un ordenamiento jurídico, de conformidad con el artículo 63, numeral 20 constitucional. La regulación de materias de contenido singular o concreto debe estar expresamente señalada en la Constitución, como excepción a dicha regla general. El proyecto de ley, al modificar disposiciones penales y sanitarias se ajusta, así, al artículo 63 N° 3) de la Carta Fundamental.

Por ello, agrega que el deber de protección debe comprenderse como un mandato de optimización. Su regulación debe comprender el ámbito de todos los derechos fundamentales constitucionales. Tanto el deber de protección del que está por nacer, que no es absoluto, como los demás deberes de protección, integran un todo armónico en nuestra Carta Fundamental que sirve como criterio orientador del actuar de los órganos estatales. Deber de protección no puede significar mandato de penalizar. El Derecho Penal es el último recurso del que se puede valer el Estado.

Comenta que al entregar la Carta Fundamental al legislador la decisión de determinar las medidas que adoptará para hacer efectiva la protección del embrión, implica la cesión a la mujer de la titularidad de un derecho que es indisponible para el legislador en su esencia. Hoy, se deja a la mujer bajo un estatus que la obliga a decidir entre cometer un delito o sufrir una



vulneración forzada a su derecho a la vida, integridad física o psíquica o en su dignidad. Privilegiar la protección del feto por sobre los derechos de la mujer con las herramientas del Derecho Penal es desconocer su calidad de sujeto dotado de dignidad, cuestión contraria a la Constitución.

Agrega que no es ésta la instancia para discutir conforme lo alegan los requirentes, en torno a la opción del legislador por la despenalización. Ello es una cuestión de mérito. La argumentada legalización del aborto que denuncian los actores no es recogida conforme a un contraste constitucional como sería debido, obviando lo que el proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional realmente pretende: asegurar una prestación de salud segura y digna a las mujeres, puesto que la creación de una eximente de responsabilidad penal no las protege, en razón de que, de todas formas, se ven expuestas al paso por el sistema penal en los tres dramáticos casos que configura el proyecto. Los requirentes sostienen una postura radical al invisibilizar a la mujer que, en situaciones de excepción, incluso puede considerarse como tortura.

Comenta que, incluso, considerando al feto como persona, las causales se ajustan a la Carta Fundamental conforme criterios de proporcionalidad. El derecho no puede presumir que las personas tendrán actitudes heroicas en sus vidas. No es dable sostener como correcto el exigir a alguien mantener un embarazo incluso arriesgando su vida o a quien sufrió el trauma de una agresión sexual.

A lo anterior, la señora Presidenta, a diferencia de lo sostenido por los actores de estos autos, afirma que sí existió aborto terapéutico en Chile desde 1931 a 1989, año en que la reforma al Código Sanitario no se basó en la inconstitucionalidad de la norma modificada, siendo



más bien ello fue motivado por cuestiones de mérito, en convicciones morales de parte de la Junta de Gobierno de la época y los autores de diversos informes técnicos. Su constitucionalidad o no, no fue relevante, por lo que es falso lo sostenido por los actores a dicho respecto.

Por ello solicita el rechazo del primer capítulo impugnatorio.

SEGUNDO CONFLICTO CONSTITUCIONAL.

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

Enuncian los actores que el proyecto de ley carece de la consistencia mínima para alcanzar racionalmente los fines que explícitamente declara. Si su eje fundamental arranca del propósito explícito de proteger armónica y equilibradamente la vida de la mujer, así como la del que está por nacer, no se entiende el modo en que ello se consagra en la normativa propuesta. No logran esos objetivos sino que, más bien, se le traicionan. So pretexto de proteger la vida de la mujer y del que está por nacer, el articulado introduce disposiciones legales que permiten y mandan actos que directamente intentan y causan la muerte de este último.

Así es vulnerado el principio de igualdad consagrado en el artículo 1, numeral 2° constitucional, que proscribe el actuar arbitrario de toda autoridad que ejerza potestades públicas en un Estado de Derecho. Lo mínimo que se le puede exigir al órgano legislativo es que los fines de la regulación sean mínimamente consistentes con lo que propone, cuestión no lograda por el proyecto de ley objetado.

En igual sentido, los diputados que intervienen en estos autos comentan que el proyecto de ley produce una

discriminación arbitraria. 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 inexistente. El que dentro del vientre materno se encuentre una persona con una enfermedad aunque sea letal, no es justificación proporcionada para intervenir el derecho fundamental del destinatario de la norma o, la diferencia gestacional que plantea la tercera causal del proyecto, que ni siquiera exige legalmente la concurrencia de un médico, distinción que no tiene justificación razonable ni objetiva. Unido a ello, la autorización sustitutiva del representante legal en el caso de la menor de 14 años establece también una diferencia que no tiene fundamento racional alguno ante una igualdad esencial, como la que existe en el concurso de ambos representantes para el cuidado de los hijos.

Observaciones de S.E. la señora Presidenta de la República, instando por el rechazo de este segundo capítulo de inconstitucionalidad.

Expone la Jefa de Estado que, en caso alguno, el proyecto plantea discriminaciones arbitrarias, conforme alegan los requirentes. 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 situaciones 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.

En la segunda causal ello es patente, agrega la señora Presidenta. Debe acreditarse siempre el carácter letal de la patología que aqueja a los embriones o fetos inviables, lo que no puede obviarse bajo ningún respecto, corroborándose por dos médicos especialistas como sucede con la normativa que regula la acreditación de la muerte

cerebral. Así se protege tanto al embrión o feto viable, junto a los derechos de la mujer en el marco de su decisión sobre la forma de sobrellevar el diagnóstico fatal.

Igual cuestión se plantea en la causal de violación. Realidad trágica pero ineludible. Se otorga con el proyecto autonomía a la mujer pero también protegiendo al embrión o feto con una estricta acreditación de la concurrencia de la causal con la intervención de un equipo de salud. Se apoya a las mujeres de manera integral y oportuna.

TERCER CONFLICTO CONSTITUCIONAL.

El articulado del proyecto vulneraría la libertad de conciencia y el derecho a ejercer la profesión médica y, desde allí, transgrediría la garantía esencial de los derechos.

En los libelos acumulados en estos autos, los actores exponen que el nuevo artículo 119 ter del Código Sanitario, al regular la objeción de conciencia, la limita en el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la primera causal y de no existir otro profesional de la salud no objetor que pueda realizar la intervención, como también si fuera inminente el vencimiento del plazo establecido para la tercera causal.

Por ello, resulta clara la intención del proyecto en orden a procurar el aborto directo, afectando el derecho fundamental a la libertad de conciencia de los profesionales de la salud, garantizado en el artículo 19 N° 6° de la Constitución. Se está forzando, así, a estos profesionales a actuar en contra del juicio verdadero de sus conciencias, arraigado con certeza en sus convicciones más profundas, sean morales o religiosas,

quienes pueden considerar intrínsecamente injusto privar directamente de la vida a un inocente no nacido. Con lo anterior y en necesaria consecuencia, se vulnera su derecho a ejercer la profesión médica conforme a la *lex artis*, garantizado en el artículo 19 N° 16° constitucional. Se reemplaza el juicio del profesional, el que se somete a la voluntad de la mujer y su solicitud de "tratamiento".

Los diputados agregan que la conciencia es el aspecto más íntimo del pensar humano, no regulable por el derecho, al que sólo le corresponde su protección y asegurar que sea libre, incluso de la influencia del propio Estado. La regulación constitucional, en este apartado, permite que la objeción de conciencia encuentre el debido anclaje normativo. El proyecto de ley no respeta esta garantía fundamental, dado que conforme la regulación de su articulado, es llamado a participar en el sistema personal sanitario no profesional y en instancias diversas a la meramente quirúrgica.

Por lo anterior, la vulneración a la libertad de conciencia es socavada en un punto tal en que dicho derecho pierde su contenido esencial, lo que contraviene, también, el artículo 19, numeral 26° de la Constitución.

Observaciones de S.E. la señora Presidenta de la República, solicitando sea desestimado el tercer capítulo de inconstitucionalidad.

Argumenta la señora Presidenta que en caso alguno el proyecto infringe la libertad de conciencia en materia de objeciones. Éste es un derecho subjetivo otorgado por el Estado a una persona natural que le permite excepcionalmente a ésta eximirse de cumplir con una obligación jurídica puesto que el titular del derecho se encontraría en una situación de imposibilidad de



incumplir con dicho imperativo por razones éticas, morales o religiosos.

Agrega que la objeción de conciencia es excepcional, dado que implica una desobediencia tolerada por el Estado a normativa vigente, puesto que la regla general es la obediencia al derecho. Sólo en casos excepcionales puede ser desobedecido por creencias o convicciones morales.

El proyecto consagra que el Estado otorga reconocimiento específico a dicho derecho, reconociendo la importancia que posee la integridad moral y la conciencia de quien dedica su vida a atender pacientes en el marco de una profesión en el área de la salud. Destaca que la finalidad del objetor de conciencia nunca debiera ser la obstaculización del cumplimiento social de la norma legal, sino que "obtener el legítimo respeto a su propia conciencia".

Así, enuncia que el proyecto presupone la existencia de una obligación legal de actuar en un determinado sentido con fundamento en razones religiosas, éticas, morales, axiológicas o de justicia. Es una omisión que no cabe autorizar en una institución, puesto que ello implicaría una inconstitucionalidad flagrante: las personas jurídicas carecen de conciencia, sólo la tienen los individuos. Si una institución pretendiera imponer una serie de principios a quienes cumplen funciones en ella para suscribir o mantener un contrato de trabajo, con ello, infringiría la libertad de trabajo.

Finalmente, hace presente que éste es un mecanismo que permite resolver por vía de excepción los conflictos entre mayorías y minorías que existen en toda sociedad. Se concilia, en este caso, 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, como lo es la vida de la madre o la

imposibilidad de que ésta pueda acceder a ejercer al derecho a interrumpir su embarazo producto de una violación, cuando el plazo legal se encuentre inminente de vencimiento.

CUARTO CONFLICTO CONSTITUCIONAL.

El proyecto socavaría las bases de la institucionalidad, en cuanto no respeta el derecho de asociación y autonomía de los cuerpos intermedios. Unido a ello, controvertiría el principio de servicialidad del Estado.

Los disputados requirentes recuerdan que es deber del Estado reconocer y amparar los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad, garantizando su autonomía, deber que se impone no sólo al Estado en su función administrativa, sino que también en su variante de legislador y a todo órgano del Estado en sí, de conformidad con el artículo 1°, inciso tercero y los artículos 6°, incisos primero y segundo y 7°, incisos primero y segundo, de la Carta Fundamental. Así los cuerpos intermedios, concebidos dentro del derecho de las personas jurídicas a gozar de garantías constitucionales, pueden exigir al Estado reconocimiento, amparo y garantía de autonomía, no como mera aspiración programática de la preceptiva constitucional.

Agregan que el proyecto de ley, al transformar el aborto en una prestación médica debida universalmente en todo establecimiento o servicio de salud a la paciente que así lo requiera, no se hace cargo de instituciones cuyo ideario no es compatible con los postulados y prestaciones que refiere el proyecto. Se espera, de acuerdo a su artículo 1° N°1, que todos los servicios de salud practiquen abortos, realicen acompañamiento pero sin procurar influir en que la mujer desista de su decisión de abortar y que su personal, si hay urgencias o



plazos, deba practicar abortos o participar en los mismos, aun siendo objetores de conciencia. Ello, exponen, vulnera la Constitución Política.

Unido a lo anterior, las diputadas y diputados actores alegan que desde el artículo 1º, inciso cuarto constitucional se consagra el deber del Estado de estar al servicio de la persona humana, cuya finalidad es la promoción del bien común. El Estado es un instrumento que sirve al hombre, consagrando su autoridad y superioridad frente a la institucionalidad, pues él la produce. Así, el Estado satisface necesidades complejas que no pueden ser alcanzadas por estructuras sociales más simples como las familias o los cuerpos intermedios. Este deber es fundante de la Constitución, parte de las bases de nuestra institucionalidad y herramienta interpretativa de su articulado.

El proyecto de ley, contrario al principio constitucional, excluye a una categoría de personas del servicio y protección que ha de otorgarles el Estado, menosprecia sus derechos e intereses y propone un decidido modelo al servicio de algunas personas pero no del bien común. No se compadece del servicio que debe otorgar el Estado a quienes están sometidos a la mayor vulnerabilidad.

Observaciones de S.E. la señora Presidenta de la República, instando por el rechazo del cuarto capítulo de inconstitucionalidad.

Comenta que los requirentes olvidan que la libertad de asociación no es una garantía para actuar al margen de la ley. El Estado debe garantizar la autonomía de los cuerpos intermedios en el cumplimiento de sus fines específicos, conforme lo señala el propio Constituyente. Pero la ley puede, acto seguido, establecer restricciones o injerencias en el derecho a la libertad de asociación,

lo que también reconoce el Pacto de San José de Costa Rica.

**IV. ARGUMENTACIONES FINALES DE LAS PARTES EN TORNO
A LA INCIDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN
LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES DE AUTOS.**

**Observaciones de las señoras y señores
parlamentarios requirentes.**

Tanto las señoras y señores senadores actores, como en el libelo incoado por las señoras y señores diputados, se refieren a las alegaciones que se formulan en torno a la sentencia *Artavia Murillo v/s Costa Rica*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Exponen que dicha sentencia no tiene ni puede tener incidencia real en esta controversia constitucional. La obligación internacional que pesa sobre Chile es cumplir sólo con las decisiones de dicha judicatura en que nuestro país ha sido parte y desde la sentencia de esta Magistratura en causa Rol N° 346, su jurisprudencia ha sostenido claramente que los Tratados Internacionales, incluso los de derechos humanos, tienen un rango inferior a la Constitución Política. Incluso, se ha sostenido que no resulta plausible contrastar directamente los preceptos legales que se impugnen en un asunto con los Tratados Internacionales a efectos de sostener su eventual inconstitucionalidad.

A este respecto, las diputadas y diputados requirentes, efectuando un repaso global a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, refiriendo vulneraciones a dichos cuerpos normativos, también anotan que bajo la

jurisprudencia constante y vigente de esta Magistratura, la cuestión de constitucionalidad de autos no puede ser resuelta con referencia directa a ningún tratado de derechos humanos, no consagrando en cuerpo internacional alguno la consideración a un derecho al aborto.

Observaciones de S.E. la señora Presidenta de la República.

La Jefa de Estado expone a este respecto que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no prohíbe la despenalización del aborto en determinados casos; por el contrario, de los Tratados Internacionales que se encuentran vigentes en Chile, así como de la interpretación que han efectuado de su articulados los órganos internacionales competentes para ello, se desprende que sí se permite, cuestión acorde con el respeto a la dignidad de las mujeres.

En dicha consideración, argumenta que ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contemplan al *nasciturus* como titular de derechos. Si bien se discutió aquello en la elaboración de estos instrumentos, se desechó esa opción.

A mayor abundamiento, expone que el Comité de Derechos Humanos, órgano encargado de interpretar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ha instado a diversos países, como Chile, a introducir excepciones a la prohibición absoluta del aborto. El enunciado Comité nunca ha hecho aplicable el derecho a la vida reconocido en el artículo 6° al embrión.

A su turno, la Convención sobre los Derechos del Niño no establece en su artículo 1° que el *nasciturus* sea un niño. El Comité de Derechos del Niño, órgano encargado

de su supervisión, tampoco ha hecho aplicable el derecho a la vida al *nasciturus*.

En el ámbito del sistema interamericano, expone la señora Presidenta, desde el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se admiten excepciones al derecho a la protección de la vida desde la concepción, dada la expresión "y, en general", contenida en la disposición, a efectos de conciliar la posibilidad de que las legislaciones nacionales permitieran el aborto, como sucede hoy en la mayoría de los países miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Por último, en el caso *Artavia Murillo y Otros v/s Costa Rica*, de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el embrión no es persona titular del derecho a la vida en los términos del enunciado artículo 4.1, derecho que no es absoluto, prohibiéndose sólo la privación arbitraria de la vida. Hace presente que, así, se presentan coincidencias con nuestra Constitución, armonizando las obligaciones del Estado chileno con el sistema internacional.

Audiencias públicas y vista de la causa.

Con fechas 16 y 17 de agosto de 2017, en sesiones de Pleno espacialmente convocadas al efecto, se verificaron audiencias públicas, en que diversas organizaciones sociales debidamente representadas, plantearon sus alegaciones respecto al conflicto constitucional sometido a decisión de esta Magistratura, compareciendo conforme al cuadro que se reseña:

ORGANIZACIÓN (ES)	EXPOSITOR (A)
Asociación Fraternidad	Rodrigo Poblete Reyes
MILES Chile	Alejandra Zúñiga Fajuri
Pontificia Universidad Católica de Chile	Juan Agustín Larrain Correa, Patricio Zapata Larrain

Instituto Chileno de Medicina Reproductiva	Jesús Vicent Vásquez
Asociación Nacional de Funcionarias, Funcionarios del Servicio Nacional de la Mujer (ANFUSEM), Agrupación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF), Central Unitaria de Trabajadores (CUT) y, H. Diputada señora Karla Rubilar	Lidia Casas Becerra
Bancada de Diputados del Partido Socialista	Enrique Aldunate Esquivel
División de las Américas de Humans Rights Watch	José Miguel Vivanco
Organización no Gubernamental Acción Mujer y Madre	Virginia Palma Erpel
Organización no Gubernamental de Desarrollo para la Investigación, Formación y Estudios sobre la Mujer - ISFEM	Raúl Madrid Ramírez
Movimiento para la Abolición del Aborto, Fundación Derecho a la Vida	Rodolfo Carmona
Partido Revolución Democrática	Beatriz Sánchez
Corporación Humanas	Camila Maturana Kesten
Asociación Nacional de Mujeres Rurales Indígenas (ANAMURI A.G.) Asociación Chilena de Protección a la Familia (APROFA)	Cristian Riego Ramirez
Partido Comunista de Chile	Camila Vallejo Dowling
Partido por la Democracia	Fernanda Paloma Gajardo Manríquez
Asociación de Magistradas Chilenas	Nicole Nehme Zalaquett
Instituto de Estudios de la Sociedad (IES)	Claudio Alvarado Rojas
Litigio Estructural en Derechos Humanos (LEASUR)	Ignacio Mujica
Misión Iglesia Bíblica Cristiana	Cristian Arévalo Meynard
Fundación Jaime Guzmán	Máximo Pavez Cantillano
Corporación Círculo Emancipador de Mujeres y Niñas con Discapacidad (CIMUNIDIS), Corporación Opción	Jaime Couso Salas
Fundación Centro de Estudios de la Mujer, Agrupación por los Derechos de la Diversidad Rompiendo el Silencio y, Asociación Gremial de Mujeres Abogadas	Verónica Undurraga
Fundación Salud, vida y acción social - Savia, Corporación de Desarrollo de la Mujer La Morada	Andrea Huneeus
Fundación Instituto de la Mujer	Antonia Biggs
Sindicato Nacional Unitario Interempresa de Trabajadoras y Trabajadores de casa particular y Actividades Afines o Conexas	Rodrigo Gil Ljuvetic
Fundación Iguales	Lucas Sierra Iribarren
Corporación de Apoyo Amnistía Internacional	Tatiana Rein Venegas

Centro de Derechos Reproductivos	Catalina Martínez Coral
Fundación Luis Claro Solar y, El Ministerio Cristiano Valientes de David	Víctor Manuel Avilés Hernández
Asociación de Consumidores y Usuarios Servicio Evangélico para el Desarrollo	Edgardo Sepúlveda
Ministerio Evangélico Águilas de Jesús	Francesca Muñoz
Consejo Evangélico de Lota	Álvaro Ferrer
Universidad Finis Terrae	M. Angélica Benavides Casals
Universidad Los Andes	Raúl Bertelsen Repetto
Corporación Comunidad y Justicia, Fundación Sin Fines de Lucro Coordinadora por la Vida y, ONG Alma Chile	Magdalena Ossandon Widow
Agrupación Social Cultural Deportiva y Artística Águilas de Temuco y, Corporación Construye Sociedad	Masami Yamamoto Cortés
Fundación Chilena para el Síndrome de Down	Alejandro Romero Seguel
Mirada Más Humana.Org	Tatiana Vargas Pinto
Fundación Advocates Chile	Soledad Bertelsen Simonetti
Fundación Educacional San Francisco de Asís	Gonzalo Letelier Widow
Soñando Chile	Ignacio Covarrubias
Fundación de Investigación San Ramón	Elard Koch Cabezas
Fundación Formando Jóvenes	Ian Henríquez Herrera
Corporación Idea País	Antonio Correa Ferrer
Corporación Amigos del Maule por la Vida	Marcela Peredo Rojas
Fundación Matter Filius	Alejandro Miranda Montecinos
Fundación Instituto Res Pública	Jorge Acosta Acosta
Corporación Estadio Nacional Memoria Nacional, Ex Presos Políticos	M. Ángeles Coddou Plaza de los Reyes
Universidad de Chile y, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile	Davor Harasic Yaksic
Confederación Nacional de Funcionarios de Salud Municipal	Luis Cordero Vega
Asociación por las Libertades Públicas	Julián Lopez Masle
Asociación de Familiares de Ejecutados Políticos	Alicia Lira Matus
Proyecto Nasciturus y Niños por la Vida	Francisco Javier Astaburuaga Ossa
Partido Amplitud y, Comité de Senadores del Partido Por la Democracia	Ciro Colombara
Partido Socialista de Chile	Karina Delfino
Fundación La Alameda	Nicolás Godoy
O'Neill Institute for National and Global Health Law	Oscar Cabrera
Instituto Igualdad	Patricia Silva
Fundación Sara Phillippi Izquierdo	Carolina Antimán Echeverría
Asociación Brigada Ramona Parra	Irací Hassler
Fundación Protege, Sociedad de Educación y Salud Austral Limitada, H. Senadora señora Adriana Muñoz, Acción de la Mujer Colectivo de Mujeres, Centro de Acción de la Mujer	Leonardo Estrade Brancoli

Colectivo de Mujeres de Copiapó y, Mujeres Presente	
Movimiento Civil de Padres Objetores Chile OIR-ONG	Roxana Rojas
Iglesia Presbiteriana en América Chile	Walter Vera Garrido
Fundación Roma	Julio Alvear
Fundación Vive la Fe	Marcela Aranda
Centro Cultural La Puerta de Villa Alemana	John Vera Aros
Centro de Integración Cultural El Taller del Maestro	Exequiel González Sepúlveda
Centro de Desarrollo de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo	José Manuel Díaz de Valdés
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso	Manuel Núñez Poblete
Fundación HeartCoin	Benajmín Lagos Cárdenas
Paraguas ONG	Felipe Langue
Fundación Hospital Parroquial de San Bernardo y, Fundación Música, Historia y Patrimonio Fundación Sin Fines de Lucro	Enrique Oyarzún Ebensperguer
Instituto Libertad	Manuel José Monckeberg
Iglesia Evangélica Misionera Emanuel, Iglesia de Dios Pentecostal e, Iglesia Evangélica Pentecostés	Jonathan Bastías Díaz
Fundación Chile Siempre	Hernán Corral Talciani
Centro de Ayuda a la Mujer Embarazada	Gian Franco Rosso Elorriaga
Psifam Limitada y, Agrupación Ayuda Social Encuentro y Agrupación Comunitaria, Fundación Música, Historia y Patrimonio Fundación Sin Fines de Lucro	María Francisca Decebal-Cuza
Fundación Corre Conmigo	Horacio Figueroa Diesel
Centro de Estudios de la Federación de Estudiantes de la Universidad de Chile	Javiera Cabello Robertson
Partido Progresista	Andrea Condemarín
Universidad Católica del Maule, Iglesia Evangélica El Buen Samaritano, Porta Vitae y, Servicios Médicos y Culturales Limitada	Jorge Becker Valdivieso
Escuela de Empoderamiento Amanda Labarca	Cristina Gómez
Fundación Chile Unido	Francisco Balart
Iglesia Encuentro de Dios e Iglesia Evangélica Cristiana Pentecostés	Francisco Rivera
Fundación Ciudadano Austral	Cecilia Goity Falconi
Confederación de Estudiantes de Chile	Sandra Beltrami Montero
UNAPAC, Fundación Dos Pilares	Carmen Domínguez
Fundación Influyamos	José Antonio Kast
La Iglesia de Dios y, Consejo Evangélico de Talca	Antaris Varela Compagnon
La Iglesia Cristiana Pentecostal Getsemaní y, La Misión Internacional Pentecostal Visión de Cristo	Misael Ocares Lonconao

Unión de Pastores de Iglesias Evangélicas de Pencolirquén	Yanina Contreras Álvarez
La Misión Evangélica Iglesias Cristianas	Gabriel Fuentealba Beltrán
La Iglesia Revelación de Jesucristo Misionera	Tomás Henríquez
ONG CES	Cristina Rosales
Fundación Chile 21	Fernando Atria Lemaitre
Organización Comunitaria Funcional "Defensoría del Nasciturus"	Gabriel Gutiérrez Bustamante y José Tomás Arteaga
Colegio de Matronas y Matrones de Chile A.G.	Marcela Riquelme Aliaga
Fundación Protege	Catalina Valenzuela Maureira
Congregación Evangelista Pentecostal Tiempos de Cosecha	Carlos Javier Soto Chacón

Concluida la tramitación de la causa, ésta fue decretada en relación con fecha 17 de agosto de 2017, efectuándose la vista de estilo el día 18 del mismo mes y año, alegando por las señoras y señores senadores requirentes los abogados don Miguel Ángel Fernández González y don Rodrigo Díaz de Valdés Balbontín; por las señoras y señores diputados requirentes, la abogada doña Ángela Vivanco Martínez; por el señor Presidente de la H. Cámara de Diputados, el abogado don Francisco Zúñiga Urbina; y, por S.E. la señora Presidenta de la República, el abogado don Alfredo Etcheberry Orthusteguy, adoptándose acuerdo el día 21 de agosto de 2017, conforme se certificó a fojas 1154 de estos autos.

Y CONSIDERANDO:

I. LOS CONFLICTOS DE CONSTITUCIONALIDAD SOMETIDOS AL CONTROL DE ESTA MAGISTRATURA.

PRIMERO. Que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, numeral 3° de la Constitución Política de República, es atribución de este Tribunal "resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación



de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso";

SEGUNDO. Que, asimismo, en base a lo establecido en el inciso cuarto del recién enunciado precepto constitucional, "el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación";

II. ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA.

TERCERO. Que el Tribunal rechazará las impugnaciones efectuadas al artículo 1°, numeral 1°, que sustituye el artículo 119 del Código Sanitario; artículo 1°, numeral 2°, que incorpora un nuevo artículo 119 bis al Código Sanitario; artículo 1°, numeral 3°, incisos primero, salvo la voz "profesional" y la expresión "en ningún caso"; segundo; y, tercero, con excepción de la frase "Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119.", que introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario; artículo 1°, numeral 4°, que introduce un nuevo artículo 119 quáter al Código Sanitario; artículo 2°, que reemplaza el artículo 344 del Código Penal; artículo 3° del proyecto de ley, que introduce modificaciones al artículo 13 bis, inciso primero, de la Ley N° 19.451; y, al artículo transitorio, todos del proyecto de ley recaído en el Boletín N° 9895-11.



CUARTO. A su turno, el Tribunal Constitucional **acogerá parcialmente** la impugnación planteada por los requirentes, en lo concerniente al **artículo 1º, numeral 3º, incisos primero, en la voz "profesional" y la expresión "en ningún caso"; y, tercero, respecto de la frase "Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119."**, del proyecto de ley, preceptiva que introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario y será declarada, en dicho sentido, como contraria a la Constitución Política.

CAPÍTULO PRIMERO.

DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN TRES CAUSALES.

I. LA IMPUGNACIÓN.

QUINTO. Que, mediante requerimientos de inconstitucionalidad, presentados por un grupo de senadores y diputados, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dichas Corporaciones y que fueron acumulados por resolución de esta magistratura, se impugnó, en esta sede, distintas disposiciones del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (Boletín N° 9895-11);

SEXTO. Que, con distintos argumentos, los requirentes objetan dicho proyecto de ley. En primer lugar, sostienen que vulnera la vida del que está por nacer, toda vez que permite el aborto en tres causales. La protección constitucional al que está por nacer impide cualquier tipo de regulación que tienda a desproteger al embrión o al feto, por la vía de levantar la tipificación o la sanción penal. El aborto termina con la vida de un



ser humano inocente en gestación, de un modo irreparable e irreversible. La competencia del legislador es para conservar la vida; no puede contravenir esa finalidad. El proyecto establece una jerarquía de derechos a favor de la madre, impidiendo dar la debida protección al que está por nacer.

En segundo lugar, se objetan las tres causales que el proyecto establece.

Respecto de la primera, es decir, el riesgo vital que ponga en peligro la vida de la mujer, se sostiene que permite un aborto directo, en circunstancias en que la Constitución tolera sólo el aborto indirecto. Es decir, el que no tiene la intención de matar al embrión o feto. Enseguida, sostiene que la causal es innecesaria, porque el actual art. 119 del Código Sanitario permite el aborto indirecto. Asimismo, consideran que la causal que la hace procedente ("riesgo vital"), es ambigua. También, reprochan que la causal se haga operativa mediante la intervención de un solo doctor, y no de dos o más, o de un equipo médico.

Respecto de la segunda causal, es decir la que autoriza el aborto cuando el embrión o feto padezca una patología congénita de carácter letal, se afirma que es difícil de diagnosticar. También, que el que está por nacer no puede ganar o perder derechos de acuerdo a su estado de salud. Asimismo, hay un riesgo para la salud de la madre, toda vez que este aborto no tiene plazo; y entre más edad gestacional tenga el feto, mayor riesgo para ella. Del mismo modo, no repara el efecto psicológico en las madres que el aborto produce, afectando su integridad física y psíquica, que le garantiza la Constitución. Además, se sostiene, que dos doctores para certificar la causal no es suficiente, dado que en la muerte encefálica se exige un equipo de médicos y certificación unánime e inequívoca. Finalmente, se

reprocha que no hay acuerdo entre los especialistas respecto al listado de enfermedades que se encuentra en esta causal.

En relación a la tercera causal, es decir, el que sea resultado de una violación, se sostiene que medicamente no se justifica porque estamos frente a una mujer sana, y un feto sano. Por lo mismo, es un asesinato. Enseguida, se sostiene que el alivio al trauma de la violación no es el aborto; por lo mismo, hay un efecto negativo en la salud de la mujer, que afecta su integridad física y psíquica. También, se reprocha que hay un riesgo para la mujer. Por otro lado, se cuestiona el que no se tomen los resguardos adecuados para acreditar la violación. De ahí que se permite darla por establecida para tomar decisiones que comprometen la vida del que está por nacer. Finalmente, el acompañamiento del proyecto a la mujer que tiene que decidir, no es obligatorio; y no es un acompañamiento disuasivo.

En tercer lugar, se reprocha la objeción de conciencia que regula el proyecto. Por una parte, se cuestiona que la objeción solo sea posible respecto de personas naturales y no de personas jurídicas. Por la otra, se impugna el que el profesional que la invoque no pueda hacerlo en el caso de una atención médica inmediata e impostergable; y el que no abarque todo el equipo que interviene en la situación. En ambos casos, se afecta el principio de igualdad ante la ley y la libertad de conciencia que consagra nuestra Constitución.

En cuarto lugar, se objetan varias desigualdades ante la ley. Por de pronto, el distingo de edad en las causales, al establecerse un marco distinto según la mujer se encuentre en los siguientes rangos de edad: menos de catorce años; más de catorce años y menos de dieciocho; y mayor de dieciocho años. Enseguida, se cuestiona las distintas formas de acreditación de las



causales. En una se exige, un doctor; en otra se exige dos; y, en la tercera, se exige un equipo médico. También se objeta la forma en que los padres o representantes legales participan en el proceso. Finalmente, se objeta que el acompañamiento sea protector de la vida del que está por nacer, sólo cuando la mujer decide continuar su embarazo; y, en cambio, no es lo suficientemente protector cuando desea interrumpirlo, dejando en indefensión al nasciturus;

II. CONSIDERACIONES PREVIAS.

SÉPTIMO. Que, no se nos escapa lo complejo del tema que estamos resolviendo. No hay país en el mundo, donde este tema no haya generado profundas diferencias.

El presente requerimiento afecta profundas convicciones, porque se trata de decidir sobre la manera en que se protege la vida del que está por nacer y la manera en que se amparan los derechos de la mujer. La sociedad espera que nuestra decisión sea una interpretación fiel del texto constitucional.

Pero no podemos evadir la decisión. Sabemos que hay posiciones religiosas, valóricas y morales involucradas. Sin embargo, no vamos a decidir desde la óptica de la religión, de la moral, de la política, sino que desde la perspectiva de la Constitución. Somos un Tribunal de Derecho y conforme a ello decidiremos.

Nosotros tenemos nuestras convicciones personales, pero no podemos decidir conforme a ellas. Se nos exige actuar como Órgano del Estado, en una decisión que afectará más allá de las creencias y reglas morales que cada uno tenga.

Comprendemos la posición legítima que tienen ciertas personas contrarias al aborto, para quienes este no puede



ser aceptado nunca por el Estado. Algunos, incluso han hecho de esto, una causa justa en su vida.

Pero este no es un debate entre buenos y malos, entre pecadores y justos, entre personas con y sin escrúpulos. Entre personas religiosas y otras que no lo son.

No podemos interpretar la Constitución conforme a esos parámetros;

OCTAVO. Que, por otra parte, no vamos a decidir si hay aborto en nuestro país. Esa es una decisión que tomó el Congreso Nacional. Vamos a revisar si ésta decisión del legislador se enmarca dentro de los márgenes permitidos por la Constitución.

Tampoco nos vamos a pronunciar sobre el aborto en general. Lo hacemos sobre este proyecto de ley en particular.

Asimismo, no resolvemos todas las objeciones que pueden existir sobre el aborto. Sólo nos hacemos cargo de aquellas que se formularon en el requerimiento, y en los términos que ahí se indicaron;

NOVENO. Que, el Tribunal Constitucional tiene plena legitimidad para decidir, por cuatro razones fundamentales.

En primer lugar, porque todos debemos respetar la Constitución. El Congreso Nacional también.

En segundo lugar, porque esa es la atribución que la Constitución le dio al Tribunal Constitucional. La misma norma que establece que el Congreso Nacional legisla, le da este rol al Tribunal Constitucional.

En tercer lugar, porque hemos sido requeridos para pronunciarnos por quien tiene la legitimidad que le otorga el ordenamiento jurídico para hacerlo. Nosotros no



conocemos esta materia de oficio, sino a petición de un grupo de parlamentarios.

Finalmente, porque la Constitución le encargó justamente a la ley proteger la vida del que está por nacer. Este Tribunal tiene que verificar, entonces, que ese encargo esté dentro de los límites que la Constitución establece;

III. AQUELLO SOBRE LO CUAL NO NOS VAMOS A PRONUNCIAR

DÉCIMO. Que, en el requerimiento se formulan una serie de argumentaciones que exceden lo que esta Magistratura puede resolver en esta oportunidad, porque van más allá de sus atribuciones.

En primer lugar, no vamos a tratar el estatuto ontológico del nasciturus. Sabemos que el concepto de persona puede tener diversos alcances, acorde a las áreas desde la cual se aborde. Así las cosas, la persona no será lo mismo para la metafísica, la religión, la ciencia, la antropología, etc. No obstante, aquí nos referiremos al concepto jurídico, que es el que está reconocido en nuestra Carta Fundamental.

En segundo lugar, no vamos a realizar juicios de rectitud moral de las personas que eventualmente puedan someterse a un aborto.

En tercer lugar, no vamos a analizar si en este caso se despenalizan o legalizan las conductas que se encuadran dentro de las tres causales establecidas en el proyecto de ley. No es relevante aquello para efectos constitucionales.

En cuarto lugar, no examinaremos la forma en que afectan a Chile las sentencias de Tribunales Internacionales, ni las Declaraciones formuladas por Comités creados por ciertos Tratados Internacionales.

Estos asuntos están lejos de la controversia medular que debe resolver esta Magistratura.

En quinto lugar, no examinaremos alegaciones de mérito o conveniencia, como las críticas a la regulación o a la manera que el legislador normó ciertas situaciones.

IV. ANTECEDENTES.

DECIMOPRIMERO. Que, para un adecuado análisis de nuestra decisión, es necesario consignar ciertos antecedentes relativos a cuatro aspectos: la regulación del aborto que contiene el proyecto; la regulación histórica del aborto en nuestro país; la regulación en el derecho comparado, y la manera en que los Tribunales de otros países han resuelto la legalización del aborto;

1. El proyecto.

DECIMOSEGUNDO. Que, el proyecto de ley, en lo sustancial, modifica dos cuerpos legales. Por una parte, el Código Sanitario, introduciendo cuatro nuevas regulaciones (nuevos artículos 119, 119 bis, 119 ter y 119 quáter). Por la otra, el Código Penal, regulando de nuevo el tipo penal base del aborto (artículo 344).

En cuanto a su contenido, en primer lugar, mantiene como delito el aborto. En efecto, el nuevo artículo 344 establece que "la mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause..."

En segundo lugar, los casos permitidos por la ley, en que mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción del embarazo por un médico cirujano, son tres: riesgo vital de la mujer; patología congénita del embrión o feto de carácter letal, incompatible con la



vida extrauterina independiente; y si el embarazo es producto de una violación.

En las primeras dos causales, no hay plazo para dicha interrupción autorizada. En el caso de la causal de violación, el proyecto hace un distingo. De un lado, si la mujer embarazada es una niña menor de catorce años, la interrupción sólo puede realizarse si no han transcurrido más de catorce semanas de gestación. Del otro, en el caso de una mujer mayor de dicha edad la interrupción procede siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación.

En cualquiera de las causales, la mujer debe manifestar su voluntad de forma expresa, previa y por escrito.

En tercer lugar, la ley exige que la interrupción del embarazo en las causales autorizadas, conlleven la autorización de médicos cirujanos. En el caso de la primera causal, se requiere el respectivo diagnóstico médico de un facultativo. Respecto de la segunda causal, debe contar con dos diagnósticos médicos en igual sentido de médicos especialistas. En el caso de la tercera causal, debe existir la intervención de un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, encargado de confirmar la ocurrencia de los hechos y la edad gestacional.

En cualquier caso, el diagnóstico debe contar por escrito, y realizarse en forma previa, y respetar el principio de confidencialidad en la relación médico-paciente.

El cuarto aspecto del proyecto, es la regulación del acompañamiento y de la información

El proyecto establece que los prestadores de salud, deben informar a la mujer las características de la prestación médica, las alternativas a la interrupción del

embarazo, y los programas de apoyo social, económico y de adopción disponibles. Dicha información tiene ciertas características: debe ser completa; objetiva; no puede estar destinada a influir sobre la voluntad de la mujer; no puede significar coacción de ningún tipo; y debe asegurarse que la mujer comprenda todas las alternativas antes que el procedimiento de aborto se lleve a cabo.

El proyecto, por otra parte, establece la posibilidad de que la decisión de la mujer lleve una asesoría, tanto si decide abortar, como si resuelve continuar con el embarazo. Dicho acompañamiento es previo y posterior a la decisión; es voluntario; personalizado; respetuoso de la libre decisión de la mujer; opera en cualquiera de las tres causales; y lo pueden ofrecer también instituciones privadas. Comprende la acogida, el apoyo biopsicosocial, y redes de apoyo. En todo caso, la mujer elige la entidad y el programa. Y puede reclamar por malas prestaciones y por discriminación.

En quinto lugar, el proyecto regula la forma de intervención de los padres o representantes legales, cuando la mujer sea menor de edad. Para estos efectos, hace un distinguo, según si la mujer sea menor o mayor de catorce años.

Si la mujer es menor de catorce años, además de su voluntad para la interrupción del embarazo, debe contar con la autorización de su representante legal. Si tuviere más de uno, ella podrá elegir. Si el representante legal no es habido o niega su autorización, la mujer, asistida por un integrante del equipo de salud, puede solicitar la intervención del juez, para que este, sin forma de juicio y verbalmente, resuelva. El procedimiento judicial es reservado, no es admitida posición alguna de terceros, distintos al representante legal que negó la autorización, y solo la resolución que deniegue la autorización es apelable.

Si, en cambio, la mujer es mayor de catorce años y menor de dieciocho, solo debe informar a su representante legal.

No obstante, cuando a juicio de los médicos la autorización o información al representante legal, genere riesgo grave de maltrato físico, psíquico, coacción, abandono, desarraigo, u otras acciones u omisiones que vulneran su integridad, se prescinde de la autorización o comunicación. Como mecanismo sustitutivo, en el caso de la autorización, se debe recurrir directamente al juez. En el caso de la información, se debe informar al adulto o familiar que la adolescente indique; y si no hay, al adulto responsable que ella señale.

En sexto lugar, el proyecto regula la objeción de conciencia. Esta beneficia al médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo, por alguna de las causales ya señaladas, y al equipo profesional que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención.

La objeción de conciencia permite, a quien le invoque, abstenerse de intervenir. Esta objeción debe manifestarse por escrito al Director del establecimiento y en forma previa. El establecimiento debe reasignar de inmediato otro profesional no objetante, para que se haga cargo de la paciente. Si no cuenta con ningún facultativo, debe derivarla de forma inmediata a otro centro médico.

La objeción de conciencia tiene dos características. Por una parte, es de carácter personal, en ningún caso puede ser invocada por una institución. Por la otra, si la mujer requiere de una atención médica inmediata e impostergable por riesgo vital, la objeción no opera si no existe otro médico cirujano que pueda realizar la intervención. Tampoco opera la objeción si es inminente

el vencimiento del plazo máximo para realizar la interrupción del embarazo en el caso de violación;

2. Regulación histórica.

DECIMOTERCERO. Que, un segundo antecedente necesario de consignar, es la regulación histórica del aborto.

En nuestro país, la regulación penal del aborto ha pasado por distintas etapas.

La primera, transcurre entre 1875 a 1931. Se distingue porque el aborto es penado y no tiene ningún tipo de excepción. No obstante la ley penal exigía dolo directo para su comisión, al utilizar la expresión "maliciosamente".

La segunda etapa transcurre entre 1931 y 1989. En 1931, por el D.F.L N° 226, se introduce el aborto con fines terapéuticos. Este se reguló con posterioridad en el D.F.L N° 725 de 1967. Este último cuerpo legal exigió la opinión documentada de dos médicos cirujanos. El D.F.L n° 226, en cambio, exigía la opinión de tres facultativos.

La tercera etapa se abre en 1989. Ese año la Junta de Gobierno dictó la ley N° 18.826. Esta dispuso que "no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto". Esta es la norma que el proyecto reemplaza;

3. Regulación en el derecho comparado y en los Tratados Internacionales

DECIMOCUARTO. Que, un tercer antecedente es la regulación legal del aborto en otros países y la regulación del derecho a la vida en las Constituciones y Tratados Internacionales.

En el derecho comparado, las leyes que permiten el aborto son relativamente nuevas. Comenzaron en la década

que se inició en 1970. En la actualidad son muy pocos los países con prohibición absoluta del aborto.

Los países tienen dos modelos de regulación. Por una parte, están los países con aborto libre, es decir, sin causales que lo justifiquen. Algunos establecen plazos; y otros no. Por la otra, están los países que establecen causales o indicaciones para su procedencia. Algunas deben ser probadas judicialmente y otras no.

Las causales que establecen las distintas legislaciones son de distinto tipo. Así se contempla el aborto terapéutico, el eugenésico, el ético, el por indicación social o de emergencia;

DECIMOQUINTO. Que, respecto del marco constitucional, los países no establecen una referencia explícita al aborto. Sin embargo, regulan el derecho a la vida y la integridad física y psíquica de la persona.

Algunos establecen el derecho a tomar decisiones respecto a la reproducción y el derecho a la seguridad y el control sobre su cuerpo (Sudáfrica, artículo 12).

Otras pocas constituciones se refieren al no nacido. En Latinoamérica, lo hace la Constitución del Perú ("el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece", artículo 2); Honduras ("al que está por nacer se le considera nacido, para todo lo que le favorezca dentro de los límites establecidos por la ley, artículo 67); Paraguay ("el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción", artículo 4). Algunas Constituciones dan un paso más en esta línea. Así, Guatemala ("El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción", artículo 3), y República Dominicana ("El derecho a la vida es inviolable desde la concepción hasta la muerte", artículo 37);

DECIMOSEXTO. Que, en materia de Tratados Internacionales generales, suscritos y ratificados por Chile, cabe destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo tercero establece que "todo individuo tiene derecho a la vida". Enseguida, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, cuyo artículo cuarto dispone que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo sexto que "el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente";

4. Sentencias de otros países.

DECIMOSEPTIMO. Que, un último antecedente a considerar antes de iniciar nuestro razonamiento, son las sentencias que han dictado organismos jurisdiccionales de otros países al momento de pronunciarse sobre objeciones de constitucionalidad a proyectos o leyes de aborto.

Lo primero que se observa es cierta periodificación u oleadas de sentencias.

El primer período comienza en 1973, en Estados Unidos; y sigue en Europa con sentencias en Alemania, Italia y Francia, en 1975.

El segundo período está ubicado en la década de 1980. Aquí encontramos sentencias de Portugal (1984), España (1985) y Canadá (1988).

Después vienen las sentencias de 1990. Aquí se ubica Hungría (1991), Irlanda (1992) y Polonia (1996).



Finalmente, están todas las sentencias del siglo XXI. Aquí se ubican las sentencias de Colombia (2010), México (2007), Eslovaquia (2007);

DECIMOCTAVO. Que lo segundo a analizar, son las diversas formas en que las sentencias consideran al que está por nacer.

La gran mayoría de los países no le reconocen derecho a la vida. Así están las sentencias que lo consideran un interés. En Estados Unidos, en 1973, se le consideró un interés legítimo que el Estado puede proteger. En la sentencia del Tribunal italiano en 1975, se le consideró como interés constitucionalmente protegido. En España, se le consideró un bien jurídico protegido.

También están las sentencias que lo han considerado como un valor (Colombia, 2006); un valor fundamental (Eslovenia, 2007); un valor objetivo (Portugal, 2010)

No obstante, algunos países han fallado reconociéndole ese derecho. Por ejemplo, Alemania (1975) e Irlanda (1992);

DECIMONOVENO. Que un tercer aspecto a analizar, es la forma en que estas sentencias han resuelto la compatibilidad del aborto con sus respectivas Constituciones. Para ello, han utilizado distintos criterios. En primer lugar, destaca Estados Unidos. La Corte Suprema de ese país ha utilizado tres argumentos para sostener la legitimidad del aborto. El primero es la privacidad de la mujer (*Roe v. Wade*, 1973); el segundo, es el de la viabilidad del feto (*Roe v. Wade*, 1973); y el tercero, es el de la carga inmerecida o indebida (*Planned Parenthood v. Casey*, 1992).

Otro estándar utilizado por los Tribunales, es la inexigibilidad. No se le puede exigir a la mujer más allá de lo razonable. Este criterio fue utilizado por el



Tribunal Alemán, en su sentencia del año 1975, sobre el aborto. Los intereses personalísimos de la mujer embarazada pueden tener tanto peso o relevancia, que hagan inexigible la prohibición de causar aborto. El Tribunal de Portugal el año 1984, también utilizó el mismo estándar al sostener que no se le puede exigir a la mujer sacrificar intereses constitucionalmente protegidos.

El Tribunal alemán, en 1975, también estableció el estándar de la coacción extrema de la vía penal; esta debe ser *ultima ratio*.

Otro estándar es si había una obligación al legislador a establecer una prohibición penal. El Tribunal alemán, en la sentencia de 1993, estableció que el legislador puede no criminalizar aquel aborto que no está constitucionalmente justificado. El Tribunal de Portugal, en 1984, dijo que no existía en la Constitución un mandato de criminalización. Lo mismo estableció la sentencia de México del año 2007.

Se ha establecido también como criterio, la protección incremental del embrión y feto. El interés del Estado predomina sobre el de la mujer, en la medida en que avanzan los meses de gestación y el feto se hace compatible con la vida extrauterina independiente. Mientras los primeros meses se considera una unidad, la madre y el feto; en las siguientes es considerado una dualidad. Esto lo establece el Tribunal alemán en 1993, el Tribunal esloveno en el año 2007, y el Tribunal portugués en su sentencia del 2010. Este último Tribunal sostuvo además, que a medida que la gestación avanza también progresa la realidad existencial del feto.

En el mismo sentido, se expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, del año 2012. La Corte sostuvo que la protección del que está por nacer no es

absoluta, sino que gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional.

Por otro lado, se ha utilizado el criterio de proporcionalidad. El Tribunal Alemán sostuvo, en 1975 que en algunos casos extremos, puede estar prohibido imponer la carga a la mujer de mantener el embarazo. En el mismo sentido, el Tribunal de Portugal, sostuvo que no se le podía exigir a la mujer sacrificar intereses constitucionalmente protegidos. El Tribunal de Eslovaquia, el 2007 afirmó que en algunas situaciones, continuar con el embarazo a todo evento no era una obligación que imponía la Constitución. El Tribunal colombiano, en el 2006, sostuvo que la penalización en toda circunstancia implica la completa preeminencia y el consiguiente sacrificio de los derechos de la mujer embarazada.

Finalmente, como otra variante de la proporcionalidad, el Tribunal esloveno (2007), estableció la idoneidad de las medidas legales para la protección del que está por nacer sobre la base de un distingo: medidas que deben hacerse a través de la mujer; y otras en contra de su autonomía decisional;

V. LOS PRECEDENTES

VIGÉSIMO. Que, por otra parte, es necesario referirse a las sentencias que esta Magistratura ha dictado con anterioridad y que tiene que ver con la materia que debemos resolver en estos autos, es decir, con el derecho a la vida.

La primera de estas sentencias es la STC 220/1995, sobre la muerte encefálica. Esta sentencia se dictó luego de la impugnación que un grupo de parlamentarios hizo al



proyecto de ley de la donación de órganos, donde se regulaba la muerte encefálica.

La norma se impugnó porque permitía que se certificara unánime e inequívocamente por un equipo médico, la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, para declarar muerta a una persona y proceder a la extracción de sus órganos. Por lo mismo, se sostuvo, violaba el derecho a la vida del paciente.

El Tribunal rechazó el requerimiento. Sostuvo, en primer lugar, que definir la muerte es un asunto del legislador. Por lo mismo, era legítimo que la ley así lo hiciera. Enseguida, sostuvo que la Constitución regula la vida desde el nacimiento y durante la existencia de la persona, la que termina con su muerte natural. Con la muerte, agregó, se deja de ser persona. Finalmente, estableció que en este caso el proyecto permitía declarar la muerte de una persona por la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, certificadas por un equipo médico. Esa es una muerte definitiva e inequívoca;

VIGESIMOPRIMERO. Que, la otra sentencia importante es la STC 740/2007. En esta, se discutió la regulación vía decreto supremo de la denominada píldora del día después.

El Tribunal resolvió a raíz de un requerimiento que le presentaron un grupo de parlamentarios.

El Tribunal acogió el requerimiento. 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 mismo de la concepción;

VIGESIMOSEGUNDO. Que, esta sentencia afirma, además, en primer lugar, que el estatuto constitucional se construye sobre la base del reconocimiento de la persona como sujeto de derecho y como titular de derechos. Dicha persona tiene como características el que es libre e igual en dignidad y derechos; el de su sociabilidad y que tiene materia y espíritu. En segundo lugar, que al ser el que está por nacer persona y, por tanto, sujeto de derecho, se le debe proteger porque tiene derecho a la vida y no sólo goza de una protección del bien jurídico de la vida;

VIGESIMOTERCERO. Que, como se observa, existen diferencias entre ambos fallos. En primer lugar, el rol del legislador. En el fallo de la muerte encefálica, definir cuándo termina la vida humana es algo que puede hacer el legislador, no comprometiendo con ello el derecho a la vida. El legislador tiene plena capacidad para normar situaciones vinculadas a la vida y la muerte de las personas, como tradicionalmente lo ha hecho. En la sentencia de la píldora del día después, en cambio, el Tribunal sostiene que la Constitución toma una opción respecto del no nacido, de modo que el legislador no puede modificar o intervenir. En segundo lugar, mientras en el fallo de muerte encefálica se sostiene que, de acuerdo a la Constitución, la vida comienza desde el nacimiento y termina con su muerte, en el fallo de la píldora del día después, se sostiene que esta comienza con la concepción;

VIGESIMOCUARTO. Que, como se aprecia, el Tribunal tiene dos doctrinas que no dialogan entre sí. La discrepancia principal tiene que ver con el rol de legislador. El punto es central por lo que dispone el



artículo 19 N° 1, inciso segundo, en el sentido que la ley debe proteger la vida del que está por nacer.

Además, hay que considerar que después de la sentencia de la píldora del día después, el legislador abordó la materia en la Ley N° 20.418, el año 2010. En esta ley, estableció el derecho de toda persona a elegir libremente, sin coacción de ninguna clase, y de acuerdo a sus creencias o formación, los métodos de regulación de la fertilidad que cuenten con la debida autorización y acceder efectivamente a ellos. Del mismo modo, estableció la obligación de los órganos de la administración del Estado de poner a disposición de la población los métodos anticonceptivos que cuenten con la debida autorización, como parte de la política pública en materia de regulación de la fertilidad.

Dicha ley también dispuso que no se consideran anticonceptivos ni son parte de la política pública señalada aquellos métodos cuyo objetivo sea provocar un aborto.

A raíz de ello, en la actualidad, la píldora del día después es parte de los anticonceptivos que distribuye el Estado y que se comercializan en materia de regulación de la fertilidad;

VIGESIMOQUINTO. Que, por lo mismo, esta es la oportunidad de resolver estas discrepancias interpretativas, tal como lo veremos más adelante;

VI. CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

VIGESIMOSEXTO. Que, a continuación, nos parece relevante sentar algunos criterios interpretativos que guiarán nuestro razonamiento.

En primer lugar, la corrección funcional. El presente proyecto de ley fue requerido una vez terminada la tramitación legislativa, no obstante que puede ser



impugnado desde que se da cuenta del Mensaje hasta cinco días de después de despachado por el Congreso Nacional. El requerimiento se formuló en uno de sus extremos.

El Congreso Nacional es la entidad llamada a establecer los marcos jurídicos que regulan nuestra sociedad. De acuerdo al artículo 63, N° 3 de la Constitución, es materia de ley todas aquellas que sean objeto de codificación. En este caso, el proyecto de ley impugnado aborda la modificación de dos Códigos: el Código Penal y el Código Sanitario. En tal sentido, el proyecto aborda una materia propia de ley. Por lo mismo, aprobarlas, modificarlas o derogarlas (artículo 66), está dentro del ámbito del Congreso, a quien le corresponde concurrir a la formación de las leyes (artículo 46).

Al ser una materia de ley la que se está abordando, el legislador tiene un ámbito de discrecionalidad inherente a las regulaciones. Es a los parlamentarios, junto con el Ejecutivo como colegislador, a quien corresponde apreciar la manera en que se busca solucionar un determinado problema en la sociedad. Las soluciones que pudieran considerarse para tal efecto, deben ser definidas por ellos.

En el mismo sentido, no corresponde a nadie más que a esos poderes del Estado, apreciar la bondad o conveniencia del contenido de las regulaciones. Mientras se mantengan dentro de los márgenes permitidos por la Constitución, no hay reproche alguno que pueda formularse;

VIGESIMOSEPTIMO. El segundo criterio interpretativo que queremos consignar es la presunción de constitucionalidad. Salvo que exista una duda más que razonable, los proyectos aprobados por el Congreso Nacional, deben considerarse que se ajustan a la Carta Fundamental. Por lo mismo, corresponde a quien alega la inconstitucionalidad, el que debe demostrarlo clara e

inequívocamente. No es ni el Congreso ni el Ejecutivo quienes tienen que demostrar la conformidad del texto con la Constitución, sino quienes alegan la inconstitucionalidad.

En este mismo sentido, cabe recordar el principio de la interpretación conforme, de acuerdo con el cual sólo en el caso 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;

VIGESIMOCTAVO. Que el tercer criterio interpretativo es el sistemático. Las normas de la Constitución no pueden interpretarse aisladamente unas de otras, sino que su sentido debe ser producto de la conjugación armónica de sus distintos preceptos. 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;

VIGESIMONOVENO. Que un cuarto criterio es la 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. Como veremos dentro de un instante, existen 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;

TRIGÉSIMO. Que, en este sentido, es particularmente complejo recurrir exclusivamente a un criterio originalista de interpretación constitucional. Desde luego, porque la Constitución ha tenido 40 reformas

constitucionales, que han alterado profundamente el diseño original. También, porque ha cambiado el contexto jurídico y político en que fue dictada. Asimismo, la Constitución tiene dictadas todas las leyes que la complementan, y que le dan un cierto sentido y alcance. Además, porque el originalismo se traduce en el uso de las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución o las actas del Consejo de Estado. Si bien esta Magistratura ha recurrido en algunas oportunidades a ellas, está consciente que su empleo tiene dificultades.

En efecto, tratándose de las actas de la comisión recién señalada, técnicamente era una comisión asesora (D.S. N° 1064/1973/Justicia). Enseguida, sus integrantes cambiaron en el tiempo. Asimismo, una cosa son las actas y otra el informe que refleja las ideas de la comisión. Además, después de la comisión, el proyecto pasó por el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno. Esta última tenía radicado el poder constituyente (decretos leyes N° 1, 128, 527, 788, 991). También la Junta de Gobierno tenía su propia asesoría legislativa (decretos leyes N° 36, 460, 527, 991). De hecho, las normas fundantes del texto original de la Constitución, plebiscitada en 1980, sólo cita la normativa legal recién indicada (decretos leyes N° 1, 128, 527, 788, 991).

Por lo mismo, el uso de este tipo de criterios interpretativos debiera ser auxiliar, no central ni decisivo. También, en casos muy justificados y nunca para rigidizar el sentido del texto;

TRIGESIMOPRIMERO. Que en este caso particular, queremos dejar constancia de una serie de antecedentes que constan en distintas etapas de elaboración de la Constitución, tanto en la Comisión Ortúzar como en la Junta de Gobierno, que demuestran que la discusión de estos autos se produjo hace 40 años, sin que los

supuestos hayan cambiado, pues la norma objeto central del debate, permaneció siempre igual.

En efecto, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución debatió respecto al sustrato básico que debía quedar comprendido en este primer numeral de las garantías resguardadas por el constituyente y, en ese contexto se representó la situación de figuras como la pena de muerte, la legítima defensa y el aborto. 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, "*(...) en especial en todos aquellos casos 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 (...)*". 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 (Enrique Evans de la Cuadra, "Los Derechos Constitucionales", Ed. Jurídica de Chile, T. I., págs. 146, 148 y 149);

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. Al respecto el profesor Enrique Evans de la Cuadra expresó: "*(...) Estimamos, sin embargo, que hay en el precepto constitucional un mandato flexible al legislador penal para no sancionar el aborto terapéutico en casos calificados en que exista la autorización responsable del padre o del médico tratante. Lo que no la ley ni la autoridad podrían autorizar o tolerar, sin infringir la Constitución, es la práctica masiva del aborto común (...)*" (op. cit. pág. 114);

Si bien es cierto, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, creada en octubre de 1973 por la Junta Militar de Gobierno, no ejercía el poder constituyente, sino ésta última al asumir el "mando supremo de la Nación", conviene tener presente lo tratado por los comisionados redactores ante los propios integrantes de dicha Junta, de lo que se levantó acta y de las principales opiniones y acuerdos adoptados. Es así que en la sesión N° 280 de la Junta de 3 de septiembre de 1976 (transcrita a pie de página)³, destinada a la

³ Acta de la Junta Militar

1.0 Sesión 280ª celebrada el 03 de septiembre de 1976

Nota :

En el marco de la exposición efectuada por el señor Consejero Enrique Ortúzar relativo a materias consultivas sobre las Actas Constitucionales N°s, 2, 3 y 4, se traba debate torno al derecho a la vida, y en especial la de quién está por nacer.

-- Asisten los señores: Miguel Schweitzer, Ministro de Justicia; General de Ejército Sergio Covarrubias, Ministro Jefe del Estado Mayor Presidencial; General de Ejército Patricio Torres, Ministro Jefe del Comité Asesor de la Junta COAJ; Enrique Ortúzar, Presidente de la Comisión Constituyente; Capitán de Navío Mario Duvauchelle, Subsecretario de Justicia; Jaime Guzmán, miembro de la Comisión Constituyente; Capitán de Navío Aldo Montagna, Secretario de Legislación; Contralmirante Rodolfo Vío, integrante de I Comisión Legislativa; Coronel de Aviación (J) Julio Tapia, integrante

de II Comisión Legislativa; Coronel de Ejército (3) Fernando Lyon, Jefe de Subjefatura Legislativa del Comité Asesor de la Junta COAJ; Capitán de Navío (3) Sergio Rillón, integrante de la I Comisión Legislativa, y señorita Mónica Madariaga, asesora jurídica de la Presidencia.

El señor PRESIDENTE DE LA JUNTA DE GOBIERNO.- Veamos el Acta N° 3 "De los Derechos y Deberes Constitucionales".

El señor ORTUZAR.- "CAPITULO I DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y SUS GARANTIAS"

El señor PRESIDENTE DE LA JUNTA DE GOBIERNO.- Hay varias observaciones.

El señor ORTUZAR.- La disposición quedaría así:

"1.- El derecho a la vida y a la integridad de la persona, sin perjuicio de la procedencia de las penas establecidas por las leyes.

"La ley protegerá la vida del ser que está por nacer,

El señor MINISTRO DE JUSTICIA.- Me parece que aquí hay una redundancia. "El ser que está por nacer" no tiene sentido. La expresión "del que está por nacer" sí lo tiene.

El señor CAPITAN DE NAVIO (J) RILLON. - En verdad, con la redacción "del que está por nacer", queda implícita la idea del ser.

El señor GUZMAN,- Nos dimos cuenta de la redundancia, pero quisimos afirmar el concepto.

Esto fue materia de un análisis bastante largo y nos chocó el "ser" y el "nacer", pero pensamos que más valía dejar esa cacofonía, con el fin de señalar en forma muy clara que el ser empieza con la concepción y no con el nacimiento. Luego, no es "del que está por nacer", porque no es una cosa lo que está por nacer; es un ser.

El señor MINISTRO DE JUSTICIA. - Perdóneme, pero eso es lo que dice el Código Civil. El Código Civil asegura, y el Código Penal establece los delitos específicos contra eso.

El señor GUZMAN. - No quisimos perfeccionar por razones didácticas, sino reafirmar la idea de que es un ser. Por eso lo protege.

El señor MINISTRO DE JUSTICIA. - Eso no lo ha discutido nadie. La ola abortiva no niega que se trata de un ser que está por nacer. Establece ciertas legitimidades en determinadas situaciones. Que es procedente, que es lícito, que es legítimo, que es útil, que no es delito, en ciertas y determinadas circunstancias: si se hace en clínicas, etc. toda la gama. Pero jamás se ha discutido que trata de un ser que está por nacer. Y eso es lo que se protege: la vida del que está por nacer. Por eso, no se notifica la pena de muerte a la mujer encinta,

El aborto terapéutico es lícito. Siempre se ha establecido así.

El señor ORTUZAR. - No pretendíamos nosotros imponer la doctrina o filosofía cristiana o católica a todos los habitantes de la República a quienes va a regir la constitución. Por eso se estableció que la ley protege la vida del que está por nacer. Allá verá el legislador en qué casos le merece protección o en qué casos admite el aborto terapéutico. Lo dejamos entregado a la ley.

El señor PRESIDENTE DE LA JUNTA DE GOBIERNO. - Al que está por nacer la ley lo protege. Pero hay un caso en que no hay nada que hacer: la madre o el hijo. La ley da protección al que está por nacer, lo que perjudicaría a la madre.

El señor GUZMAN. - Frente a una interpretación así, también en ese caso se podría invocar el derecho a la vida de la madre y a la integridad de su persona. O sea, saliéndonos aquí de la postura que cada cual tenga sobre el problema, da para que el legislador establezca esto como quiera. La madre podría alegar el inciso primero. Que el legislador decida.

El señor ORTUZAR. - La disposición legal seguramente va a penar sólo el aborto malicioso, pero no el aborto terapéutico. Y en cuanto al aborto a que se vean abocadas las personas que se encuentren ante el dilema de salvar a la madre o al hijo, yo convengo en que la mayoría estaría por la madre.

El señor MINISTRO DE JUSTICIA.- Hay un caso en que yo postulo la legitimidad. Es el de la mujer víctima de una violación, que podría tener perfecto y legítimo derecho a no ser permanentemente estigmatizada con el hijo.

La señorita ASESORA LEGAL DE LA PRESIDENCIA. - ¿Y qué culpa tendría ese hijo?

El señor GUZMAN.- Pero eso queda todo entregado al legislador.

El señor MINISTRO DE JUSTICIA.- Tampoco tendría culpa la madre, por las condiciones en que se produce. Y sería el efecto proveniente de un delito.

Es discutible, en realidad. Por eso dije que yo he postulado. No deja de ser impugnado por otros. Pero son cosas sobre las cuales se va a legislar.

El señor CORONEL (J) TAPIA. - En consecuencia, existiendo el ser desde el momento de la concepción y siendo imperativo el precepto porque dice que "la ley protegerá", creo que no se va a poder limitar más por ley.

El señor ORTUZAR. - No, porque en este caso el propio Constituyente no ha establecido él, directamente, por así decirlo, la protección, sino que la ha entregado al legislador.

La señorita ASESORA LEGAL DE LA PRESIDENCIA. - Pero ha dado orden al legislador de que lo haga.

El señor ORTUZAR. - Pero le ha dejado tal amplitud que él verá cómo y cuándo debe proteger.

El señor GENERAL LEIGH, MIEMBRO DE LA JUNTA. - Bueno, pero si aquí crea esto dudas, discusión, vacilación, ¿por qué no sacamos este precepto de la constitución y de los considerandos y lo dejamos en los códigos y en la legislación?

La señorita ASESORA LEGAL DE LA PRESIDENCIA. - Ya está en los Códigos.

El señor GENERAL LEIGH, MIEMBRO DE LA JUNTA. - Entonces, si está en el Código Civil y en el Código Penal, etc., ¿para qué lo ponemos en la constitución? Saquémoslo de este texto constitucional y se acaba el problema. Porque si estamos viendo que entre los eruditos hay problemas, es de imaginarse como va a ser afuera.

Yo tenía esta materia entre las que iba a proponer sacar, sin que por esto se me pueda interpretar mal, en el sentido de que estoy oponiéndome.

Sin amago, considero que no es un asunto que deba estar en la Constitución.

El señor ALMIRANTE MERINO, MIEMBRO DE LA JUNTA. - En el momento que estamos viviendo, existe toda una tendencia al aborto en el mundo en general. Al dejarlo en un Acta Constitucional en: la forma como está redactado, estamos manifestando la voluntad de la ley chilena de que el aborto no se realice en Chile nada más que en casos debidamente calificados.

El señor GENERAL LEIGH, MIEMBRO DE LA JUNTA. - Pero partamos de la base de que en todos los países del mundo y en la ley normal existe una manifestación popular manifestada a través de congresales, etcétera, y resulta que nosotros, de sí y ante sí, de hecho le estamos imponiendo esto al país.

Desde ya, por principio, soy opositor al aborto, pero si esto figura en la legislación actual, el problema de cuando se permite y cuando no se permite está muy claro en diversos cuerpos legales. Entonces, por qué y para qué colocamos esta cuña en la Constitución, esta cuña de duda.

El señor ORTUZAR. - Le diré la razón de por qué se consignó. Si no se hubiera establecido regiría el inciso primero, que asegura el derecho a la vida y, entonces, sí que podría argüirse que no es admisible el aborto en caso alguno. Por lo tanto, se quiso establecer no una excepción propiamente tal, pero sí dejar entregada al legislador la forma cómo se iba a proteger el derecho a la vida en el caso del que está por nacer. Si se suprime el inciso, podría darse la otra interpretación que nos llevaría al otro extremo y se diría: "Nos pronunciamos definitivamente en contra del aborto, incluso del aborto terapéutico; o sea, de toda clase de abortos".

Esa es la razón por la cual se contempló la disposición. De otra manera, mucho mejor sería suprimirlo, como se dice.

redacción del Acta Constitucional N° 3 "De los derechos y Deberes Constitucionales", centrada en debatir sobre el derecho a la vida y sobre el que está por nacer, se expresaron diversas opiniones, entre las cuales estuvo la del Ministro de Justicia de la época quien hizo presente que era lícito y legítimo el aborto y que no era delito en determinadas circunstancias, que el terapéutico "siempre ha sido así" y terminó manifestándose en favor del aborto por violación, en cuyo caso la mujer "podría tener perfecto y legítimo derecho a no ser permanentemente estigmatizada con el hijo". Pero llama especialmente la atención lo afirmado por el comisionado Guzmán ante lo manifestado por el Presidente de la Junta de Gobierno. Éste afirma que si la ley da protección al no nacido "perjudicaría a la madre", respondiendo Guzmán lo siguiente: "Frente a una interpretación así, también en ese caso se podría invocar el derecho a la vida de la madre y a la integridad de su persona. O sea, saliéndonos aquí de la postura que cada cual tenga sobre el problema, da para que el legislador establezca esto como quiera. La madre podría alegar el inciso primero. Que el legislador decida.";

Finalmente, el Presidente de la Comisión, señor Ortúzar, ante la idea de eliminar el inciso sobre la vida del que está por nacer, formulada por alguno de los asistentes, entre ellos el General del Aire Gustavo Leigh, aquél expresará: "Le diré la razón de por qué se consignó. Si no se hubiera establecido regiría el inciso primero, que asegura el derecho a la vida y, entonces, sí que podría argüirse que no es admisible el aborto en caso alguno. Por lo tanto, se quiso establecer no una excepción propiamente tal, pero sí dejar entregada al legislador la forma cómo se iba a proteger el derecho a

El señor ORTUZAR. - Por lo tanto, de la manera como señalé, la ley protege la vida del que está por nacer. El legislador verá cómo, y en esa forma se salva el problema.

El señor CORONEL (J) LYON.- Ahí no habría problema.

la vida en el caso del que está por nacer. Si se suprime el inciso, podría darse la otra interpretación que nos llevaría al otro extremo y se diría: "Nos pronunciamos definitivamente en contra del aborto, incluso del aborto terapéutico; o sea, de toda clase de abortos. Esa es la razón por la cual se contempló la disposición. De otra manera, mucho mejor sería suprimirlo, como se dice. Por lo tanto, de la manera como señalo, la ley protege la vida del que está por nacer. El legislador verá cómo, y en esa forma se salva el problema".

La Comisión Ortúzar en su sesión 407 de 9 de agosto de 1978 (transcrita al pie de página)⁴, centrada en la

⁴ Acta de Comisión de Estudios de la Nueva Constitución 1.61. Sesión 407^a, celebrada el 9 de agosto de 1978.

La Comisión se reúne bajo la presidencia del señor Enrique Ortúzar Escobar, con asistencia de sus miembros señores Raúl Bertelsen Repetto, Juan de Dios Carmona Peralta, Jaime Guzmán Errázuriz, Gustavo Lorca Rojas y las señoras Luz Bulnes Aldunate y Alicia Romo Román,

Actúa de Secretario, el Prosecretario, señor Rafael Larraín Cruz.

El señor ORTÚZAR (Presidente) declara, en el nombre de Dios, abierta la sesión.

ORDEN DEL DÍA

Informe de la Comisión

El señor GUZMÁN formula indicación para reemplazar la frase final del inciso sexto del párrafo 50 que dice: "no es menos que desde su concepción como ser humano...", por la siguiente: "no es menos que ya en la vida intrauterina tiene una existencia real que debe serle reconocida. Se constitucionaliza así una norma que por lo demás contempla nuestro Código Civil desde su dictación". Explica que de esta manera se evita la polémica relativa al momento en que el ser humano tiene una existencia real.

El señor BERTELSEN juzga peligrosa la indicación del señor Guzmán, porque podría pensarse que esta Comisión es tan avanzada en su criterio que reconoce el derecho a la vida del ser que se encuentra en una probeta.

El señor GUZMÁN replica que el problema podría salvarse expresando: "no es menos que ya antes de éste" -antes del nacimiento- "el ser tiene una existencia real que debe serle reconocida".

El señor BERTELSEN estima que esta sugerencia constituye una perogrullada, y que prefiere el primitivo texto propuesto por la Mesa.

El señor GUZMÁN dice que, entonces, reformula su proposición anterior.

El señor BERTELSEN insiste en que en estos momentos no conviene hacer una referencia de esa naturaleza.

El señor ORTÚZAR (Presidente) discrepa de esta indicación, porque al señalar que "Se constitucionaliza así una norma que por lo demás contempla nuestro Código Civil desde su dictación", se está dando a la materia contenida en los párrafos que se desea suprimir un alcance que la Comisión no consideró.

El señor GUZMÁN precisa que la frase referida tiende a formalizar lo que siempre ha hecho la legislación chilena.

redacción final del texto de la Constitución Política de 1980, que se sometería a aprobación plebiscitaria el 11 de septiembre del mismo año, destaca en primer lugar la respuesta que dará el comisionado Bertelsen al comisionado Guzmán ante la indicación que formulara éste, en orden a consignar en el texto constitucional el reconocimiento que el no nacido, ya en la vida intrauterina, tiene una existencia real. El comisionado Bertelsen advertirá entonces que *"es peligrosa la indicación del señor Guzmán, porque podría pensarse que esta Comisión es tan avanzada en su criterio que reconoce el derecho a la vida del ser que se encuentra en una probeta"*. Finalmente concluye el debate el Presidente de la Comisión, señor Ortúzar acordando la fórmula que actualmente rige, fundado en que *"la ventaja del texto*

El señor ORTÚZAR (Presidente) estima indispensable dejar entregado al legislador la protección de la vida del ser que está por nacer, porque si la Constitución derechamente lo hiciera, estarían abocándose a un problema sumamente conflictivo y delicado como es el del aborto.

El señor GUZMÁN sugiere que la frase termine con la entrega al legislador de "la protección de la vida del ser que está por nacer", que jurídicamente es lo que importa, y se supriman la referencia al aborto y el párrafo siguiente, porque con ello se evita tocar un tema conflictivo y polémico, herir a uno u otro sector y traslucir una apreciación que fue mayoritaria, pero no unánime.

El señor ORTÚZAR (Presidente) señala que la ventaja del texto reside precisamente en que aclara el pensamiento de la Comisión, ya que de otra manera podría prestarse para interpretar que la Carta condena en cierto modo el aborto. Recuerda que, cuando se discutió el punto, la mayoría llegó a la conclusión de que no podían imponerse creencias religiosas propias en una materia tan delicada y trascendental como una norma de la Constitución.

Dice que mal podría herir a alguien —destaca que, además, demuestra una tolerancia muy grande y no contiene un pronunciamiento en sentido alguno— un párrafo como el siguiente:

"De este modo el legislador con mayor flexibilidad, podrá contemplar los casos en que el aborto debe tener carácter delictual. Una condenación absoluta en el texto constitucional habría necesariamente comprendido los casos de aborto terapéutico y otros en que la concepción puede haber sido la consecuencia de acciones violentas no consentidas, situaciones que desde un punto de vista moral o social pueden ser apreciadas de diferentes maneras, según sean las creencias o principios religiosos de quienes las juzguen".

El señor GUZMÁN se declara partidario de dejar el punto para la labor de los intérpretes.

El señor BERTELSEN hace presente que no desea, en el acuerdo adoptado por la Comisión respecto de una materia muy delicada y en cuya discusión no le fue posible intervenir, formular reservas sobre ciertas apreciaciones, de manera que solicita eliminar la parte en estudio.



reside precisamente en que aclara el pensamiento de la Comisión, ya que de otra manera podría prestarse para interpretar que la Carta condena en cierto modo el aborto. Recuerda que, cuando se discutió el punto, la mayoría llegó a la conclusión de que no podían imponerse creencias religiosas propias en una materia tan delicada y trascendental como una norma de la Constitución.

"Dice que mal podría herir a alguien -destaca que, además, demuestra una tolerancia muy grande y no contiene un pronunciamiento en sentido alguno- un párrafo como el siguiente:

"De este modo el legislador con mayor flexibilidad, podrá contemplar los casos en que el aborto debe tener carácter delictual. Una condenación absoluta en el texto constitucional habría necesariamente comprendido los casos de aborto terapéutico y otros en que la concepción puede haber sido la consecuencia de acciones violentas no consentidas, situaciones que desde un punto de vista moral o social pueden ser apreciadas de diferentes maneras, según sean las creencias o principios religiosos de quienes las juzguen".

En conclusión, la disposición constitucional del inciso segundo del numeral 1 del artículo 19 -la ley protege la vida del que está por nacer- envuelve una diferencia con la protección del derecho a la vida que la precede, en el inciso primero, puesto que al entregar su resguardo al legislador, tiene un margen de adaptación o de flexibilidad para abordar casos en que la interrupción deliberada del embarazo no se considere constitutiva de delito. 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

Nº 1, abarca al que está por nacer, el inciso segundo resultaría absolutamente redundante;

TRIGESIMOSEGUNDO. Que, finalmente, para finalizar este análisis, 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. Tal es así que incluso respecto del propio derecho a la vida la Constitución autoriza al legislador a establecer con exigencias de quórum agravado, la pena de muerte en contra de una persona, aunque en la actualidad está prácticamente derogada en casi todo el ordenamiento jurídico, mas no abolida aún. Del mismo modo que el legislador penal establece causales de exculpación y de justificación en determinados delitos contra las personas, por ejemplo en situaciones de legítima defensa o estados de necesidad;

VII. LOS ELEMENTOS QUE GUIARÁN NUESTRO RAZONAMIENTO.

TRIGESIMOTERCERO. Que luego de analizados los criterios interpretativos recién indicados, queremos dejar sentados ciertos elementos que guiarán nuestro razonamiento. Estos tienen que ver con cuatro aspectos: con el pluralismo que 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;

1. Sociedad pluralista.



TRIGESIMOCUARTO. 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.

Por eso, la Constitución obliga al Estado a promover la integración armónica de "todos los sectores de la nación". También lo hace para el efecto de las organizaciones privadas, pues reconoce el derecho de asociación (artículo 19 N° 15), su autonomía como grupo intermedio (artículo 1), y regula algunas de ellas (partidos políticos, artículo 19 N° 15; colegios profesionales, artículo 19 N° 16; organizaciones sindicales, artículo 19, N° 19). Del mismo modo, menciona a las organizaciones vecinales, profesionales, empresariales, sindicales, estudiantiles (artículo 9, artículo 57 N° 7).

Asimismo, la Constitución garantiza la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos (artículo 19 N° 6). Por lo mismo, no hay una religión oficial del Estado. Y garantiza la libre elaboración y circulación de las ideas (artículo 19 N° 12).

2. Derechos de la mujer.

TRIGESIMOQUINTO. Que la mujer es persona; como tal sujeto de derecho. Por lo mismo, tiene derechos y puede adquirir obligaciones. Entre los primeros, puede hacer valer en su favor: su libertad e igualdad (artículo 1° inciso primero, 19 N° 2), su condición de igual ante la ley con el hombre (artículo 19 N° 2), su derecho a la vida y a la integridad física y síquica (artículo 19 N° 1), su derecho a la salud (artículo 19 N° 9), su derecho a la privacidad (artículo 19 N° 4), su derecho a la mayor realización espiritual y material posible (artículo 1°).



La mujer es, en el lenguaje de la Constitución, una persona humana;

TRIGESIMOSEXTO. Que, además, distintos cuerpos normativos han buscado profundizar y desarrollar los derechos de la mujer. la generación de una institucionalidad destinada a promover la equidad de género, la igualdad de derechos y procurar la eliminación de toda forma de discriminación arbitraria en contra de las mujeres, y el establecimiento de medidas de acción afirmativa en su favor;

TRIGESIMOSÉPTIMO. Que, en efecto, tanto el constituyente como el legislador, sin perjuicio de la suscripción de tratados internacionales, han avanzado en este sentido.

Así, en materia constitucional, el cambio más importante es la igualdad entre hombres y mujeres, y el establecimiento que hombres y mujeres nacen libres e iguales en dignidad y derechos (Ley de reforma constitucional N° 19.611/1999).

El legislador también ha buscado avanzar en esa línea en materia civil, laboral, de seguridad social, institucional y en otros aspectos.

En materias civiles puede destacarse la ley que estableció nuevos regímenes patrimoniales en el matrimonio (Ley N° 19.335/1994), la nueva ley de filiación (Ley N° 19.585/1998), la ley de violencia intrafamiliar (Ley N° 20.480/2010).

En el ámbito laboral, destacan la no discriminación en la postulación a empleos (Ley N° 19.739/2001), la ley que prohíbe el acoso sexual (Ley N° 20.005/2005), la ley de igualdad remuneratoria entre hombres y mujeres (Ley N° 20.348/2009).

En lo que se refiere a la seguridad social, está el derecho de la madre para amamantar a su hijo (Ley N°

20.166/2007 y 20.367/2009), el bono por hijo para efectos jubilatorios (Ley N° 20.255/2008), el post natal parental (Ley N° 20.545/2011).

En lo que se refiere a los aspectos institucionales destaca la creación del Servicio Nacional de la Mujer (Ley N° 19.093/1991) y el Ministerio de la Mujer y de Equidad de Género (Ley N° 20.820/2015).

En otros ámbitos, destaca la regulación que protege a las estudiantes embarazadas (Ley N° 19.688/2000), la ley que regula la fertilidad (Ley N° 20.418/2010), la ley Zamudio (Ley N° 20.609/2012); la ley de cuotas para diputados y senadores (Ley N° 20.840/2015); y la ley que establece que no se puede discriminar arbitrariamente, y que ello se traduzca en exclusiones o restricciones, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades en el empleo (Ley N° 21.015/2017).

En lo relativo a los tratados internacionales, apuntan en el mismo sentido de los cambios constitucionales y legales, la promulgación de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra La Mujer (D.S. N° 789, Relaciones Exteriores, 1989), y la promulgación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra Las Mujeres (D.S. N° 1.640/1998);

TRIGESIMOCTAVO. Que dichos tratados han reiterado que la mujer tiene ciertos derechos tradicionales, como su libertad, su privacidad, los que puede gozar, ejercer y demandar protección a plenitud. Pero han avanzado en el reconocimiento de otros nuevos que profundizan y desarrollan los derechos tradicionales.

En este sentido, destaca la protección efectiva contra todo acto de discriminación contra la mujer; el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o

subordinación; el derecho a una vida libre de violencia física, sexual y psicológica; el derecho a una capacidad jurídica idéntica a la del hombre.

Entre estos nuevos énfasis destacan aspectos relacionados con la maternidad. Así, se le reconoce el derecho para contraer matrimonio, para elegir libremente al cónyuge, para asumir los mismos derechos durante el matrimonio o su disolución. Asimismo, se le reconoce el derecho a acceder a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia. También, a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el intervalo entre los nacimientos;

TRIGESIMONOVENO. Que es en el marco de estos nuevos énfasis, definidos por el constituyente, el legislador y los tratados internacionales, que debe interpretarse el embarazo y la maternidad. 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;

3. El que está por nacer.

CUADRAGÉSIMO. Que la Constitución se refiere al que está por nacer en el artículo 19 N° 1 inciso segundo. Ahí encarga a la ley proteger la vida del que está por nacer.

El hecho que se lo entregue al legislador en nada desmerece la protección. La ley es la principal fuente de derecho.

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, la Constitución no le otorga al que está por nacer la categoría de persona. Ello no obsta a que sea un bien jurídico de la mayor relevancia.

En este sentido, el análisis de este proyecto de ley implica examinar que hay una medida o decisión legislativa que pondera razonablemente, entre un derecho fundamental y un interés protegido legalmente. En este caso el legislador opta por maximizar la protección del derecho constitucional a la vida de la madre o de la mujer, como es la despenalización en circunstancias excepcionales por su gravedad y dramatismo. Ciertamente que el costo de interrumpir el embarazo y hacer cesar la gestación de una vida humana con expectativas de alcanzar el estatus de persona, es alto y puede ser doloroso, pero de ningún modo puede compararse ni es proporcional al sacrificio de la vida de una persona plena, de una mujer o una madre con un proyecto vital en pleno desarrollo en el mundo, en el medio social y familiar.

En un contexto donde el que está por nacer mantiene en el vientre materno una existencia común con la madre, sin vida individual ni autónoma, constituyendo una existencia condicionada al nacimiento y a la sobrevivencia un momento siquiera, parece necesaria y razonable la diferenciación entre una persona y un nasciturus, entre un sujeto jurídico pleno de derechos y deberes y un sujeto que es aún una expectativa de persona, una vida en ciernes, sin duda objeto de valoración por el derecho que lo protege durante el desarrollo gestacional;

4. El derecho penal como última ratio.

CUADRAGESIMOPRIMERO. El derecho penal implica una carga para las personas, por las mayores restricciones de derechos que implica, tanto en el procedimiento de la generación de la sanción, como en la sanción misma. También, por el mayor reproche social y jurídico que conlleva.

Por lo mismo, no puede operar siempre y a todo evento como instrumento de preservación de ciertos bienes jurídicos, pues puede resultar excesivo. El legislador, encargado de establecer la sanción penal, puede ponderar la existencia de otros mecanismos regulatorios. Por eso, las leyes penales se aprueban, modifican o derogan, pues el legislador realiza este juicio de cómo se adecua mejor el derecho penal a la realidad que pretende regular, construir o mejorar;

4. Derechos de los pacientes.

CUADRAGESIMOSEGUNDO. Que con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.584, el año 2012, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas con su atención en salud, cambió en nuestro país el paradigma de la atención médica. Este estaba centrado en la discrecionalidad del facultativo. En cambio, esta ley pone en el centro de la atención médica al paciente y sus derechos, sin perjuicio de dar certeza al accionar del facultativo.

Ello se expresa en que toda persona tiene ahora el derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su salud (artículo 14). Dicha manifestación de voluntad debe ser libre, expresa, voluntaria, informada, previa y escrita (artículo 14).

La única manera en que el facultativo pueda eludir esa manifestación de voluntad es la ocurrencia de tres causales, que la ley establece. Estas tienen que ver con la salud pública, con que el paciente no se encuentre en condiciones de darla y exista riesgo vital, y, en que el paciente esté en incapacidad y no se encuentra disponible su representante (artículo 15).

Asimismo, la única manera en que se puede imponer al paciente algún tratamiento es que el rechazo que hace acelere artificialmente su muerte o ponga en riesgo la salud pública (artículos 14 y 16). Si esas causales no se dan, prima la voluntad del paciente y sólo caben las medidas de soporte ordinario o los cuidados paliativos.

A partir de este cambio de paradigma, es que el proyecto de ley que examinamos se explica. Por una parte, porque exige la voluntad de la mujer para la interrupción del embarazo. Por la otra, porque exige que intervenga un equipo médico para constatar las causales que permiten dicha interrupción;

VIII. EL ARTÍCULO 19 N° 1 INCISO SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN

CUADRAGESIMOTERCERO. Que ahora estamos en condiciones de entrar al fondo del asunto. Los requirentes fundan su alegato, de modo principal, en lo dispuesto en el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución. Este dispone que la ley protege la vida del que está por nacer.

Esta disposición es interpretada no sólo como una actividad pasiva, de no dañar, sino como un deber de defensa activa del no nacido. Asimismo, es interpretado como un mandato penal de tipificar el delito de aborto, sin que quepa retroceso en la materia, como sería destipificar, atenuar o eximir de responsabilidad. Habría una prohibición en tal sentido. También, es interpretado como el otorgamiento de la calidad de sujeto de derecho al no nacido. Este tiene, afirman, la condición de persona humana; por lo mismo, goza del derecho a la vida, como la mujer;

CUADRAGÉSIMOCUARTO. Que el origen de esta disposición se encuentra en el Código Civil, en su

artículo 75. Se trasladó la disposición que había en ese cuerpo legal a la Constitución;

CUADRAGESIMOQUINTO. Que la fórmula verbal que emplea la Constitución, está compuesta de los siguientes elementos. En primer lugar, utiliza la expresión "ley". Con ello, excluye que sea la Constitución la que se encargue directamente de aquello. La Constitución quiere que una norma general y obligatoria, sometida al debate democrático, pueda cumplir este rol protector. Como consecuencia de ello, excluye que sean, originariamente, los particulares, la autoridad administrativa o los tribunales los que se encarguen de esta tarea. Indudablemente, la ley puede perfectamente convocar el esfuerzo de todas estas entidades. Pero en un rol derivado, no original. No quiso la Constitución cerrar ella misma la protección. La entregó a la apreciación del legislador; en qué casos si, en cuáles no, de qué modo. También es necesario puntualizar que la Constitución no se refiere a una norma legal particular. Puede ser esta penal, civil, laboral, de seguridad social, etc.;

CUADRAGESIMOSEXTO. Que, en segundo lugar, la Constitución manda a la ley proteger. Lo primero que cabe señalar es que la Constitución marca una diferencia en su regulación con lo establecido en el inciso primero. Mientras ahí establece "el derecho a la vida y a la integridad psíquica y física de la persona", utilizó aquí un lenguaje distinto. Desde luego, porque no habló de derechos; encarga a la ley proteger. 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".

Por otra parte, no es la única norma constitucional que habla de protección. Varias disposiciones constitucionales utilizan la misma expresión. Así, el Estado debe dar "protección" a la población y a la familia (artículo 1º, inciso quinto). En el derecho a la salud se establece que este consiste en el "derecho a la protección de la salud" Y que el Estado debe proteger el libre o igualitario ejercicio a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y recuperación del individuo (artículo 19 N° 9). Asimismo, corresponde al Estado la "protección e incremento del patrimonio cultural de la nación" (artículo 19 N° 10). Además, la Constitución asegura "la libertad de trabajo y su protección (artículo 19 N° 16). También, la Corte de Apelaciones debe asegurar en el recurso de protección "la debida protección del afectado" (artículo 20). Finalmente, le corresponde al Ministerio Público "proteger a las víctimas y a los testigos" (artículo 83).

Como se observa, estas disposiciones tienen distintos sujetos responsables. En unos casos, el Estado; en otros, todas las personas; y en otros, órganos específicos (Corte de Apelaciones, Ministerio Público, el legislador).

Nunca estas disposiciones han sido interpretadas aisladamente de otras que la propia Constitución establece. Tampoco se han interpretado como equivalentes a tipos penales. Asimismo, no han sido consideradas mandatos máximos y a todo evento. Tampoco han sido considerados títulos para sacrificar otros bienes jurídicos. Finalmente, tampoco ha impedido el desarrollo de nuevos derechos. Por ejemplo, la protección de la familia no ha impedido la ley de divorcio, la ley de filiación, la ley de unión civil;

CUADRAGESIMOSÉPTIMO. Que proteger es, sin duda, un deber activo, pues implica cuidar, favorecer, defender.

Implica una interferencia no perjudicial cotidiana; y medidas positivas de potenciamiento.

Esta protección no puede significar ni desprotección, en el sentido que no existen medidas de todo tipo e indispensables en resguardo del no nacido; ni sobreprotección, 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. Desde luego, porque las medidas de protección en algunos casos pasan inevitablemente por ella. El primer sujeto obligado por la protección y sin cuyas acciones u omisiones este deber no puede cumplirse, es la mujer. El legislador no puede no contar con esas acciones u omisiones. También, porque 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. Ella no es un medio. Además, cuando la Constitución ha querido hacer primar un derecho sobre otro o privilegiar intereses superiores, lo ha dicho expresamente. Así sucede con la función social de la propiedad (artículo 19 N° 24); con la libertad en aras de la seguridad pública (artículo 19 N° 7); con la privacidad respecto de la publicidad (artículo 19 N° 12) o con la transparencia (artículo 8); o con los derechos durante los estados de excepción (artículos 39 y siguientes); o el mismo derecho a la vida, con la pena de

muerte (artículo 19 N° 1). Por lo demás, este Tribunal ha considerado que es una carga intolerable la regla del turno para los abogados, que los obliga a asumir defensas gratuitas (STC 755/2008). Dichas cargas no guardan relación alguna de proporcionalidad con las que debe soportar la mujer en las tres causales del proyecto;

CUADRAGESIMOCTAVO. Que, el tercer elemento de la fórmula constitucional, es que la Constitución manda proteger la vida del que está por nacer.

Como ya indicamos, no habla de proteger el derecho a la vida.

Este, es decir, el derecho a la vida, está reconocido y definido en convenciones internacionales. Así, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6), como la Convención Interamericana de Derechos Humanos (artículo 4), señalan que "nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

Tal definición explica instituciones como la legítima defensa, o algunos casos de estado de necesidad, en que una persona mata a otra, o sea, la priva de su vida. Pero no lo hace "arbitrariamente". Lo mismo puede decirse de un acto médico riesgoso, que trae como consecuencia la muerte. Pero el derecho a la vida es distinto de la vida. Esta es la plataforma biológica y síquica de sustentación. No cabe confundir ambos conceptos;

CUADRAGESIMONOVENO. Que el derecho a la vida, no es un derecho de carácter absoluto, pues ningún derecho fundamental es un derecho absoluto, toda vez que los derechos fundamentales aceptan limitaciones, al exigirse su compatibilidad con la debida protección del ser humano y su dignidad, tal sería el caso de la legítima defensa, la pena de muerte y la interrupción del embarazo.

El derecho a la vida supone dos contenidos básicos: el derecho a tener y vivir una vida en condiciones dignas y el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella.

Sin embargo, por su propia naturaleza el contenido que le otorga el derecho constitucional a la vida tiene un contenido de protección positiva y no es un derecho de libertad que incluya a la propia muerte. Ello no impide - como lo señaló el TC español- reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del agere licere, en cuanto a que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, muchos menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho (STC español 120/1990);

QUINCUAGÉSIMO. Que, finalmente, el último elemento que establece el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución, es que la vida que se protege es el que está por nacer.

Nuestro ordenamiento jurídico denomina de distinto modo al que está por nacer. Así, algunas disposiciones reiteran la expresión constitucional (Código Orgánico de Tribunales, artículo 369; Código Civil, artículo 75; artículo 1°, Ley N° 14.908; artículo único, Ley N° 20.699). Pero también se utilizan otras denominaciones. Así, se encuentra la de "criatura" (artículo 74 y 77, Código Civil; artículo 7°, D.L. N° 824); la de "hijo en período de gestación" (artículo 66 Código del Trabajo);

la de "No nacido" (artículo 75 Código Civil); la de "embriones humanos" (artículo 6, Ley N° 20.120).

A su vez, al nacido, la Constitución le denomina persona (artículo 1°; artículo 19 N° 1 inciso primero). Sobre esto volveremos más adelante. El resto del ordenamiento jurídico usa otras expresiones que aquí es necesario resaltar. Así, emplea el de "hijo ya nacido" (artículo 1°, Ley N° 14.908); "niña" o "niño" (artículo 199 y 205, del Código del Trabajo; artículo 16, Ley N° 19.968); "menor de edad" (artículo 199 y 200, Código del Trabajo); "hijos menores" (artículo 203, Código del Trabajo); "menor" (artículo 3°, Ley N° 19.620); "ser humano que no ha cumplido los catorce años" (artículo 16, Ley N° 19.968); "hijo" (artículo 195, Código del Trabajo; artículo 16, Código Sanitario).

Y el texto constitucional cuando utiliza la expresión "hijo" la reserva para los nacidos. Así, a propósito de la nacionalidad, habla de "hijos de extranjeros", y de "hijos de padre o madre chilenos" (artículo 10 N° 1 y 2). En el artículo 19 N° 10 y 11, consagra el derecho de los padres a elegir el establecimiento de enseñanza para sus hijos; y el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos;

QUINCUGESIMOPRIMERO. Que, enseguida, está claro el límite temporal de esa condición: el nacimiento. Con el parto, y la separación total de la madre, cesa esta condición.

Sin embargo, la Constitución guarda silencio respecto del comienzo de esa condición.

En la STC 740/2007, el Tribunal sostuvo que ello ocurría desde la concepción.

Nosotros consideramos que dado el silencio de la Constitución en la materia, no le corresponde a este organismo establecer algo en este sentido. Más todavía si

hay controversia científica en la materia. Y posiciones morales encontradas sobre este aspecto.

Por eso, en algunos casos ha sido el legislador el que ha avanzado en fijar un criterio en esta materia. Así lo hizo en la Ley N° 20.120, a propósito de la investigación científica en el ser humano, su genoma y la clonación. Ahí la ley definió que la protección iba a comenzar "desde el momento de la concepción".

Lo mismo hizo la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que estableció que el derecho a la vida está protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción.

Todos conocemos la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo sobre esta disposición, en el caso *Artavia Murillo versus Costa Rica*. En lo que aquí interesa, esta sostuvo dos cosas. Por una parte, que la protección del que está por nacer no es absoluta sino que gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional. Por la otra, dicha protección implica proteger a la mujer, porque la concepción ocurre dentro de su cuerpo.

Tratándose de los límites temporales de la vida de las personas, el legislador definió cuándo una persona se encuentra con muerte cerebral (Ley N° 19.451). Ahí definió cuándo una persona está muerta.

Por lo mismo, 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;

QUINCUAGESIMOSEGUNDO. Que, además, zanjar inequívocamente este asunto no es ajeno a la controversia que nos ocupa. 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 una jerarquía, pues la madre pasa a ser el lugar donde el embarazo transcurre y donde la madre tiene poco que hacer o decir;

QUINCUAGESIMOTERCERO. Que, por lo mismo, no podemos eludir pronunciarnos sobre cierta variable vinculada con esta controversia. Lo anterior no significa que eludamos el punto. Sólo que lo enfocaremos desde el concepto de persona que la Constitución establece;

Sobre esto avanzaremos en un instante;

QUINCUAGÉSIMOCUARTO. Que antes de aquello, queremos profundizar sobre si el mandato de protección que establece la Constitución del que está por nacer, prohíbe la despenalización de ciertas conductas;

QUINCUAGESIMOQUINTO. Que, por de pronto, la Constitución tiene un lenguaje para expresar las prohibiciones. En el mismo artículo 19 N° 1, hay un ejemplo claro, pues "prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo". Es cierto que en otros casos usa otras fórmulas verbales. Por ejemplo, "nadie puede" (artículo 19 N° 7, 19 N° 15, 19 N° 24), "en ningún caso" (artículo 69, 76), "no podrán" (artículo 92, 94 bis, 95, 100, 19 N° 15, 16, 19), "nadie" (artículo 19 N° 3, 7, 15, 24), "ninguno" o "ninguna" (artículo 7, 19 N° 3, N° 7, N° 15, 103). Pero "proteger" no puede interpretarse como una prohibición. En el lenguaje constitucional es asimétrica una **interpretación** en ese sentido;

QUINCUAGESIMOSEXTO. Que, enseguida, la Constitución se refiere muy pocas veces a los delitos. Así, se refiere al terrorismo (artículo 9), a los delitos producto de la libertad de expresión (artículo 19 N° 12), a los delitos que constituyen causales de acusación constitucional (traición, concusión, malversación, soborno) (artículo 52 N° 2) y la responsabilidad de los jueces (cohecho,

denegación y torcida administración de justicia, prevaricación) (artículo 79).

La Constitución no trata ni se refiere al aborto.

La razón es que la Constitución le encarga al legislador la prerrogativa de punición (artículo 19 N° 3 y artículo 63 N° 3). La ley puede crear delitos, establecer la conducta reprochada y fijar la pena;

QUINCUAGESIMOSEPTIMO. Que la Constitución asume que el legislador puede cambiar los tipos penales. Por lo mismo, puede crear, modificar, o derogar delitos. Para el conflicto que esto produce, establece dos reglas. Por una parte, que no se puede sancionar una persona si la ley no se promulgó antes de la perpetración del delito. Y por la otra, que la ley penal no puede tener efecto retroactivo, "a menos que una nueva ley favorezca al afectado" (artículo 19 N° 3);

QUINCUAGESIMOCTAVO. Que por lo mismo, no se ve impedimento para el "retroceso penal". Desde luego, porque es una garantía que la ley pueda ser más favorable. También, porque el derecho penal es siempre última ratio.

En la norma que analizamos, no se prohíbe el principio pro reo ni se le impide.

Además, dicha norma remite a la ley. Esta puede tipificar o destipificar;

QUINCUAGESIMONOVENO. Que la Constitución asegura el derecho a la vida. El Código Penal castiga el homicidio. Pero no son sinónimos. Proteger el derecho a la vida no es equivalente a tipificar el homicidio.

De hecho, el legislador ha podido crear nuevas figuras de homicidio (por ejemplo, el parricidio entre convivientes); ha configurado nuevas agravantes; ha establecido nuevas eximentes o ha cambiado las existentes; ha creado distintos niveles de homicidio

(homicidio simple o calificado; parricidio; infanticidio);

SEXAGÉSIMO. Que ese margen de apreciación que se le encarga al legislador, le ha permitido establecer el aborto, como un delito distinto al de homicidio y al infanticidio.

También tratarlo como un delito distinto a aquellos delitos contra las personas en el Código Penal. Este delito se encuentra ubicado dentro del Título VII del Código, que trata los crímenes y delitos contra el orden de las familias, la moralidad pública y la integridad sexual.

Asimismo, el legislador ha establecido una pena considerablemente menor al aborto que aquellas que establece respecto del homicidio.

Y es el mismo legislador el que ha omitido el delito de lesiones del feto. Y al que ha restringido el aborto culposo, porque con dificultades cabe en el artículo 343 del Código Penal;

SEXAGESIMOPRIMERO. Que, en segundo lugar, la protección que establece la norma constitucional que se analiza, no puede reducirse al ámbito penal, toda vez que hay una serie de normativas, que no tiene este carácter y que se enmarcan dentro del mismo propósito.

En efecto, nuestro ordenamiento jurídico contempla normas que protegen la maternidad y otras normas que protegen al que está por nacer.

Entre las normas que protegen la maternidad, se encuentra, por vía ejemplar, la protección y vigilancia del Estado durante el embarazo y hasta seis meses de nacido el hijo (Código Sanitario, artículo 16). Enseguida, toda la normativa laboral. Así, el embarazo no puede ser un factor para contratar, para permanecer en el trabajo o para renovar el contrato (artículo 194); el pre

y post natal (artículo 195 y 197 bis); el permiso especial por enfermedad grave del niño menor de un año (artículo 199); el permiso especial por enfermedad gravísima del menor de 12 años (artículo 199 bis); el fuero maternal (artículo 201); el derecho a sala cuna (artículo 203); el derecho a dar alimentos (artículo 206). Después, se encuentra la normativa de seguridad social, como el bono por hijo en caso de jubilación (Ley N° 20.255).

Por su parte, entre las normas que protegen la vida del que está por nacer, también hay normas de distinto tipo. Desde luego, normas laborales. Por ejemplo, el pre natal (artículo 195); el descanso pre natal complementario por enfermedad (artículo 196); el derecho a pedir cambio de funciones durante el embarazo (artículo 202); el permiso de hasta tres días para el trabajador que sufra la muerte de un hijo en período de gestación (artículo 66, Código del Trabajo). También existen normas de reconocimiento. Así, se encuentra la Ley N° 20.558, que estableció el Día del Niño y Niña Prematuros; la Ley N° 20.699, que estableció el Día de la Adopción y del que está por nacer. Asimismo se encuentran las normas del Código Civil, que permiten diferir el castigo a la madre hasta después del nacimiento o que faculden al juez para adoptar medidas en caso que existiere peligro del no nacido (artículo 75); la que permite suceder y recibir donaciones (artículo 962 y 1390). También existen normas que protegen al embrión en la investigación científica (Ley N° 20.120). Asimismo, normas que impiden aquellos métodos de regulación de la fertilidad cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto (Ley N° 20.418). Del mismo modo, existen normas de seguridad social. Por ejemplo, el Programa Chile Crece Contigo, que permite acompañar el proceso de desarrollo de los niños y niñas que se atienden en el sistema público de salud, desde su primer control de gestación (Ley N° 20.379).

Todas estas normas apuntan a destacar que la protección del que está por 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;

IX. EL CONCEPTO DE PERSONA EN LA CONSTITUCIÓN.

SEXAGESIMOSEGUNDO. Que para los requirentes, el que está por nacer es una persona humana. En tal sentido, es un sujeto y puede adquirir y ejercer derechos.

El Ejecutivo y la Cámara de Diputados, por su parte, sostienen que la condición de persona comienza con el nacimiento;

SEXAGESIMOTERCERO. Que lo primero que cabe señalar es que el Código Civil señala que la existencia legal de toda persona principia al nacer (artículo 74). Y termina con la muerte natural (artículo 78). El nacimiento, agrega, se produce al separarse completamente de la madre (artículo 74). Asimismo, el Código define como persona a "todos los individuos de la especie humana" (artículo 55). Finalmente, como la existencia legal principia al nacer, ello en el Código Civil produce dos efectos. Por una parte, los derechos entregados al que está por nacer, quedan diferidos hasta que nazca. Si nace entra en su goce (artículo 77). Por la otra, si no nace, se reputa que no ha existido jamás (artículo 74). Ello ocurre tanto si muere en el vientre materno como si perece antes de estar completamente separado de su madre o si no sobrevive a la separación un momento siquiera (artículo 74).

Como se observa, a los nacidos el Código les denomina personas. Y a los que están por nacer, criatura.

Y nunca a las personas los considera como si no hubiesen existido;

SEXAGÉSIMOCUARTO. Que como se observa, el Código Civil pone énfasis en el nacimiento para hacer una separación.

Tenemos que analizar cuál es la visión que tiene la Constitución en la materia;

SEXAGESIMOQUINTO. Que la Constitución usa el término persona en doce de los veintiséis numerales del artículo 19. La emplea en el encabezado del artículo 19, y en los numerales 1, 2, 3, 4, 7, 9, 10, 12, 15, 16 y 24. En algunos de ellos, la emplea más de una vez (numerales 3, 7, 12, 15 y 16).

Además, la Constitución utiliza la expresión "persona" en singular (la persona) (artículo 12, 16, 19 N° 1, 2, 4, 10 y 12) y en plural (las personas) (artículo 1, 19 N° 15, 16 y 24). En algunos casos habla de "persona humana" (artículo 1°). También se refiere a "grupo de personas" (artículo 7 y 19 N° 15). Asimismo, enfatiza el que comprenda a "toda persona" (artículo 6, 19 N° 3, N° 7, 12 y 16), a toda "persona natural o jurídica" (artículo 19 N° 12); o a "alguna persona" (artículo 19 N° 7, letra c); o "cada persona" (artículo 19 N° 9).

En otras oportunidades la Constitución habla de "individuo" (artículo 19, N° 9 y artículo 21); de "habitante" (artículo 19 N° 18, y artículo 22); de "chilenos" (artículo 22); de "hombres y mujeres" (artículo 19 N° 2); de "particulares" (artículo 19 N° 24, inciso final);

SEXAGESIMOSEXTO. Que uno de los efectos más importantes de atribuir a alguien su condición de persona para efectos constitucionales, es que sólo estas tienen derecho. Así lo dice la Constitución. Los derechos se aseguran "a todas las personas" (encabezado artículo 19).

Lo mismo indica el artículo 1°, inciso primero de la Constitución: "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". También varios numerales del artículo 19 emplean la voz "persona" para resaltar el titular del derecho que establece y regula;

SEXAGESIMOSÉPTIMO. Que la Constitución se refiere al nacimiento en su artículo 1° (las personas nacen) y en el artículo 10, cuando regula la nacionalidad. También se refiere a la muerte, a propósito de la regulación de la pena de muerte (artículo 19, N° 1), de la muerte de los candidatos a Presidente (artículo 26) y de los montepíos (artículo 32 N° 11);

SEXAGESIMOCTAVO. Que la Constitución también construye su concepto de persona a partir del nacimiento.

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".

En la controversia desatada a raíz del presente requerimiento, se han dado una serie de argumentos para rechazar lo anterior.

El primero es que la expresión "nace" que utiliza el señalado artículo tiene un sentido distinto al hecho biológico del nacimiento;

SEXAGESIMONOVENO. Que, efectivamente, esta expresión apunta a resaltar el hecho que esta condición no se hereda. Las personas por ese solo hecho, y a partir de ahí, adquieren originaria y gratuitamente esa condición, sin que se necesite más. Automáticamente, por el nacimiento, sin que se requiera acto, contrato, registro o reconocimiento. También esta condición no se pierde. No es temporal, por un tiempo. Se tiene para siempre. De ahí que no se suspenda ni se prive, ni se cancele, ni se pueda renunciar a ella. Pasa a ser inherente. Además,

esta condición la tienen todas las personas. No hay ser humano o grupo de estos, privilegiados que tengan esta condición, y otros no. La tienen los hombres y las mujeres, cualquiera sea su orientación sexual o su identidad de género, los niños, los jóvenes, los adultos, los creyentes y no creyentes, los casados y los solteros, los que pertenezcan o no a etnias originarias, los que tengan alguna enfermedad o alguna discapacidad, los chilenos y los extranjeros. Al tenerla todos, es oponible también a todos;

SEPTUAGÉSIMO. Que, sin embargo, este no es el único sentido que se pueda atribuir a esta expresión. También, tiene el sentido de un hecho biológico.

Para la Constitución, en efecto, el nacimiento no es un hecho jurídico menor. Desde luego, la Constitución la usa para definir la nacionalidad, al distinguir entre los nacidos "en el territorio de Chile" y los nacidos "en territorio extranjero" (artículo 10 N° 1 y 2). Enseguida, la usa para establecer la ciudadanía. Conforme al artículo 13 de la Constitución, para ser ciudadano, hay que ser chileno. Asimismo, la Constitución lo utiliza para establecer el requisito de la edad. Este lo establece la Constitución para dos efectos. De un lado, para la ciudadanía. Se requiere 18 años de edad para ello (artículo 13). Del otro, para ocupar cargos públicos. Así, para ser Presidente de la República se requiere tener 35 años (artículo 25); para ser diputado, 21 (artículo 48); para ser senador, 35 (artículo 50); para ser Fiscal Nacional, 40 años (artículo 83); para ser contralor, se requieren 40 años (artículo 98). Finalmente, la utiliza para establecer la condición de persona (artículo 1° inciso primero);

SEPTUAGESIMOPRIMERO. Que el segundo argumento que se señala para no interpretar la expresión "nacen" del artículo 1° inciso primero, como el hecho jurídico

habilitante para adquirir la condición de persona, es un alcance que se hizo cuando se aprobó la reforma constitucional de la Ley N° 19.611, el año 1999.

En efecto, el artículo original del texto constitucional señalaba que "los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

La reforma incorporó la expresión "las personas" en reemplazo de la voz "los hombres".

Durante la tramitación de la reforma, se propuso incorporar la expresión "hombres y mujeres". Pero quedó en personas.

Recordemos que esta reforma incorporó en el artículo 19 N° 2, a raíz de la garantía de la igualdad ante la ley, que "hombres y mujeres son iguales ante la ley". Tal fórmula no la contemplaba el texto original de la Constitución.

Con ocasión del debate en Sala de la señalada reforma constitucional, se aprobó dejar constancia que "el nasciturus, desde la concepción, es persona en el sentido constitucional del término, y por ende, es titular del derecho a la vida";

SEPTUAGESIMOSEGUNDO. Que lo primero que cabe señalar al respecto es que antes y después de la Ley de reforma constitucional, el texto utiliza la expresión "nacen". Antes decía "los hombres nacen". Y ahora dice "las personas nacen". En este sentido, nada cambió.

Enseguida, es necesario sostener que el alcance no es parte del texto constitucional. Puede ser considerado un elemento de interpretación, siempre que no sea contrario a otros preceptos o al propio texto de la Constitución.

Asimismo, el alcance en ningún caso puede ser una ley interpretativa del propio texto que se está incorporando a la Constitución. Estas leyes son expresas

y tienen un quórum especial de aprobación (artículo 66). La Constitución se puede interpretar oficialmente a través de este tipo de leyes. Pero requieren dos requisitos importantes. Un quórum especial (artículo 66) y deben ser objeto del control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional (artículo 93 N° 1). Dicha constancia no siguió ese procedimiento.

Del mismo modo, la constancia no buscó interpretar el artículo 1° que se modificaba, sino el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución. Buscaba entonces, fijar el sentido y alcance de otro precepto constitucional al que se modificaba (el artículo 1 inciso primero de la Constitución). Eso excede su ámbito.

Finalmente, la Ley N° 19.611 tuvo dos modificaciones. Por una parte, reemplazar la expresión "los hombres", por "las personas". Por la otra, incorporar la igualdad entre hombres y mujeres.

Esto último tiene particular relevancia en la controversia que se analiza, toda vez que la médula de la discusión es si la mujer es o no un sujeto de derecho suficiente para autorizar interrumpir el embarazo.

El alcance que se formuló en la Sala teriguersa ese propósito, pues limita su autonomía frente al nasciturus;

SEPTUAGESIMOTERCERO. Que también se ha sostenido en esta controversia, que la expresión "persona" es equivalente a "especie humana" y "naturaleza humana".

El argumento es el siguiente. Existe una naturaleza humana, que no depende del nacimiento. La tiene incluso el no nacido. Dicha naturaleza le da derechos. Es esta la que se los entrega, no el Estado. Este tendría, por tanto, derecho a la vida;

SEPTUAGÉSIMOCUARTO. Que, al respecto, cabe señalar primeramente, que la Constitución emplea la expresión

"derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" (artículo 5°).

Sin embargo, el mismo texto agrega que tales derechos no son cualquiera, si no aquellos "garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Es decir, los derechos que los órganos del Estado deben respetar y promover son los que están garantizados en ambos textos. No aquellos que emanan únicamente "de la naturaleza humana".

En el mismo sentido, se expresa el encabezado del artículo 19: "la Constitución asegura a todas las personas". Lo mismo dice el artículo 39 de la Constitución (el ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución "asegura" a todas las personas).

Alguien podría sostener, sin embargo, que la expresión "asegura" y no "otorga", permite afirmar que hay derechos inherentes a la naturaleza humana.

Al respecto, hay que señalar dos cosas. Por una parte, puede concordarse en que hay ciertos derechos que emanan de la naturaleza humana. Pero aquellos de los que aquí nos ocupamos, son los que la Constitución asegura. Por la otra, a propósito de la definición de bien común, la Constitución establece que este debe procurarse con "pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece". No es, por tanto, cualquier tipo de derechos sino los que la Carta Suprema crea y configura.

Por lo demás, el artículo 19 N° 26 señala que los preceptos legales que regulen o complementen derechos o que los limiten, no son cualquiera, sino que son aquellos cuyas garantías "esta establece".

Además, recordemos que por la ley de reforma constitucional N° 19.295, se incorporó un nuevo derecho,

en el artículo 19 N° 25: el de crear y difundir las artes. Qué sentido tendría dicha incorporación si hay derechos que emanan "de la naturaleza humana". Lo mismo reitera el artículo 20 cuando regula el recurso de protección, que ampara los derechos y garantías "establecidos en el artículo 19...".

Por lo demás, cuáles serían esos derechos, qué contenido tendrían, quiénes serían sus titulares, contra quién y de qué modo se ejercerían, cuáles son sus límites.

Finalmente, aquí la controversia no es sobre estos derechos que existirían más allá de un ordenamiento jurídico. Es sobre el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución;

SEPTUAGESIMOQUINTO. Que también se ha sostenido en esta controversia que la expresión "individuo de la especie humana" comprende al que está por nacer.

Recordemos que el artículo 55 del Código Civil señala que son personas "todos los individuos de la especie humana".

Cabría ahí, porque no se hace distingo, el embrión o feto.

Sin embargo, el mismo artículo 55 agrega que no cabe distinguir para asignar esta condición en base a factores como la "edad, sexo, estirpe o condición".

Al utilizar como factor de no distinción la edad, hay un problema porque ésta se cuenta a partir del nacimiento. Consecuente con eso, el Código dice que la concepción se infiere de la época del nacimiento según una regla que entrega (artículo 76). Y el estado civil de hijo se prueba mediante el certificado de nacimiento (artículo 305).

Además, el problema es que el propio Código dice más adelante, en el ya indicado artículo 74, que la



existencia legal de toda persona principia al nacer. Y el nasciturus, por definición, está en el vientre materno; aún no nace.

También, el Código distingue entre las personas, que necesitan haber nacido, de los que están por nacer, a quien el Código denomina "criatura", "no nacido".

Se trata, en todo caso, de una discusión legal, no constitucional;

SEPTUAGESIMOSEXTO. Que un segundo argumento para sostener que el que está por nacer no es persona, la da el propio artículo 19 N° 1 de la Constitución.

Este parte por señalar que la Constitución asegura a todas "las personas". Es a estas a quienes les reconoce derechos. Luego, el inciso primero del artículo 19 N° 1, garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y síquica a "la persona".

Sin embargo, el inciso segundo ya no emplea la expresión "persona". Habla "del que está por nacer".

Tal como se dijo en estrados por el abogado del Ejecutivo, si la Constitución hubiera querido asimilar el que está por nacer a persona, no habría empleado la proposición "del", sino que "de la" que está por nacer;

SEPTUAGESIMOSÉPTIMO. Que un tercer argumento, es que el resto de los numerales del artículo 19, razonan sobre la base de que la persona está nacida o tiene una edad determinada. Por lo mismo, no es un mero error de redacción. Por ejemplo, el no nacido no puede ser imputado de delito. Por eso el artículo 19 N° 3 inciso cuarto, habla de "toda persona imputada de delito". Asimismo, las personas tienen derecho a la honra y respeto y protección a la vida privada (artículo 19 N° 4). Del mismo modo, el artículo 7° reconoce el derecho de toda persona de residir y permanecer en cualquier lugar de la República y de trasladarse a uno o a otro y a

entrar o salir de su territorio. Eso no puede realizar el no nacido. También, no puede ejercer el derecho a elegir un sistema de salud (artículo 19 N° 9), ni el derecho a la educación (artículo 19 N° 10), ni a la libre contratación en materia laboral (artículo 19 N° 16), etc.

El no nacido no tiene las condiciones habilitantes para que se le reconozca su condición de persona y titular de derechos.

Como se infiere de lo anterior, la forma correcta de interpretar la Constitución no es alterar una interpretación sistemática ni subordinar el resto de los conceptos constitucionales para dar cabida al nasciturus forzando su incorporación en categorías conceptuales no diseñadas para él;

SEPTUAGESIMOCTAVO. Que el que está por nacer es un bien jurídico, de mucha importancia para la Constitución. Por eso se refiere a él y le encarga al legislador su resguardo.

El que está por nacer no necesita del estatuto de persona y distorsionar todo el resto del sistema constitucional y legal, para recibir protección. La Constitución lo relevó de aquello. No hay ninguna entidad que en nuestro sistema jurídico tenga esta posibilidad;

SEPTUAGESIMONOVENO. Que, sin embargo, esta 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 que está por nacer no es el único protegido por la Constitución. 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.



El derecho a la vida que tienen todas las personas, tampoco es absoluto. Como se sostuvo en estrados, este se ve limitado por la pena de muerte (artículo 19 N° 1 de la Constitución). También, por una serie de instituciones que legitiman la muerte, como la legítima defensa, el estado de necesidad, el uso del arma de fuego por la autoridad policial.

De este modo, no puede considerarse, como se indicó en estrados, que la vida del que está por nacer sea la única que no puede ser afectada en ninguna circunstancia, por ninguna razón o interés;

X. LAS CAUSALES QUE AUTORIZAN EL ABORTO.

OCTOGÉSIMO. Que, a continuación, nos debemos hacer cargo de los reproches que se formulan a las tres causales que autorizan la interrupción del embarazo en este proyecto de ley.

Recordemos que el proyecto de ley mantiene la tipificación del aborto. El artículo 344 del proyecto establece que "la mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo".

Por eso, el artículo 119 que se introduce al Código Sanitario, establece las tres causales que autorizan la interrupción del embarazo.

Estas exigen, primeramente, que haya voluntad de la mujer de forma expresa, previa y por escrito. Enseguida, que se autorice la interrupción por un médico cirujano. Y, finalmente, que nos encontremos en las tres causales que el proyecto señala;

1. La descripción de las causales.

OCTOGESIMOPRIMERO. Que las tres causales son las siguientes. En primer lugar, está la que consiste en que la mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.

Como se observa, la causal está centrada en la mujer, pues exige riesgo vital para su vida. La interrupción del embarazo debe evitar el peligro que ello implica.

La actual normativa, es decir, el artículo 119 del Código Sanitario vigente, establece que "no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto". Esta norma existe desde el año 1989. Antes regía la norma del D.F.L. N° 725, de 1967, que permitía interrumpir un embarazo con fines terapéuticos.

La antigua causal de interrupción del embarazo "con fines terapéuticos", era mucho más amplia que la de riesgo vital.

La expresión "riesgo vital" no es ajena a nuestro ordenamiento. La ley que regula los Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud (Ley N° 20.584) la utiliza en tres oportunidades. Por de pronto, para definir la atención médica de emergencia (artículo 10 y 15). También para la hospitalización involuntaria (artículo 25). Además, para los casos en que el facultativo consulte al Comité de Ética del establecimiento si la decisión del paciente en torno a su tratamiento compromete su vida u ocasiona graves daños a su salud (artículo 17).

Para proceder a la interrupción es necesario, señala el artículo 119 bis que propone agregar el proyecto al Código Sanitario, contar con el respectivo diagnóstico médico;



OCTOGESIMOSEGUNDO. Que la segunda causal es que el embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso, de carácter letal.

Como se observa, mientras la causal anterior estaba centrada en la mujer, ésta está centrada en el embrión o feto.

La patología que debe reunir el embrión o feto debe cumplir con tres requisitos. Desde luego, tiene que ser congénita. Es decir, que se haya adquirido o desarrollado en el seno materno. Enseguida, debe tratarse de una patología que haga incompatible la vida extrauterina independiente del embrión o feto. Esto es, que no pueda vivir, aunque sea apoyado por tecnología, fuera del vientre materno. Finalmente, debe tratarse de una patología letal. Esto es, que cause la muerte del embrión o feto.

Esta causal exige la intervención de dos diagnósticos médicos en igual sentido de médicos especialistas;

OCTOGESIMOTERCERO. Que la tercera causal que permite la interrupción del embarazo, es que este sea producto de una violación.

Esta causal busca proteger la integridad física y síquica de la mujer, que ha padecido dos actos. Por una parte, el que ha sido violada. La violación es un delito que tipifica nuestro Código Penal en los artículos 361 y 362. Consiste, básicamente, en el acceso carnal, usando fuerza o intimidación, o aprovechándose que se haya privada de sentido o no pueda oponerse. También hay violación cuando se abusa de la enajenación por trastorno mental de la víctima. No se requieren dichas circunstancias si el acceso carnal es una persona menor de catorce años. Por la otra, es necesario que producto de esa violación, la mujer haya quedado embarazada.

Esta causal exige que el diagnóstico respectivo lo realice un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos. Dicho equipo debe confirmar, desde el punto de vista médico, la concurrencia de los hechos y la edad gestacional.

Esta causal es la única de las tres que exige un plazo máximo de gestación. Este es distinto según se trate de una niña menor de catorce años o no. Si la víctima es una niña menor de catorce años, la interrupción puede realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación. Si es mayor, el plazo máximo de gestación es de 12 semanas;

OCTOGÉSIMOCUARTO. Que de lo anterior, se infiere que las circunstancias que permiten configurar estas tres causales en el presente proyecto de ley, están tipificadas; reflejan situaciones graves; tienen estrictos requisitos y buscan que la mujer no sea sometida a reproche penal alguno en caso que interrumpa el embarazo;

OCTOGESIMOQUINTO. 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;

2. La constitucionalidad de las tres causales.

OCTOGESIMOSEXTO. Que los requirentes objetan cada una de estas causales. A ello nos abocaremos a continuación.

Sin embargo, hay que precisar ciertos aspectos del cuestionamiento, serán tratados aparte, en otro capítulo, pues están formulados como desigualdades antes la ley;

a. La primera causal no vulnera la Constitución.

OCTOGESIMOSÉPTIMO. Que como ya indicamos, los reproches que se formulan respecto de esta causal, es que permite un aborto directo, en circunstancias en que la Constitución tolera sólo el aborto indirecto. Enseguida, sostiene que la causal es innecesaria, porque el actual art. 119 del Código Sanitario permite el aborto indirecto. Asimismo, consideran que la causal que la hace procedente ("riesgo vital"), es ambigua. También reprochan que la causal se haga operativa mediante la intervención de un solo doctor, y no de dos o más, o de un equipo médico;

OCTOGESIMOCTAVO. Que, antes que nada, debemos separar los reproches jurídico-constitucionales, de las objeciones del mérito o conveniencia. Sólo de los primeros nos podemos hacer cargo. Los segundos son de apreciación del Congreso Nacional.

Consideramos que se encuentra en esta última situación el reproche de que no basta la intervención de un doctor. Se necesitan otros.

Sin embargo, dejamos constancia que entre 1931 y 1967, el aborto terapéutico exigía tres facultativos. Luego, entre 1967 y 1989, esto se rebajó a dos. El proyecto exige el diagnóstico médico de un médico cirujano.

Es posible sostener que dicha exigencia se funda en dos criterios. Por una parte, en los avances en la

medicina. Por la otra, a que la causal exige riesgo vital. Por lo mismo, no se puede retardar la atención del paciente en más consultas.

Por lo demás, en otras hipótesis de riesgo vital, es indudable que no se exigen más diagnósticos;

OCTOGESIMONOVENO. Que, también caen en el análisis de mérito el que la causal sea innecesaria, porque el actual artículo 119 permite el aborto terapéutico.

El Congreso consideró que era necesario legislar en esta materia. Se puede discutir sobre si efectivamente el artículo 119 permitía o no el aborto indirecto. El hecho es que esa disposición es reemplazada por un nuevo texto legal.

Nosotros no podemos juzgar la ley vigente. Sólo podemos hacerlo respecto del proyecto de ley que se nos ha sometido a examen;

NONAGÉSIMO. Que tampoco podemos hacernos cargo de argumentos que implican el control de ejercicio o aplicación de disposiciones legales. Eso es propio de la inaplicabilidad o de recursos de ilegalidad. El control que está ejerciendo esta Magistratura en esta oportunidad, es un control de constitucionalidad de naturaleza abstracta.

Por eso no podemos hacernos cargo del reproche que sostiene que la causal puede ser usada para encubrir muchas hipótesis. No podemos especular en la materia;

NONAGESIMOPRIMERO. Que el primer reproche jurídico constitucional que se formula a la causal es que la Constitución permite sólo el aborto indirecto, en circunstancias que la norma que se examina permite el aborto directo.

Detrás de ese reproche está la doctrina del doble efecto. Esta postula que es lícito moralmente agotar las posibilidades de salvar a la madre y al feto. Pero que si



eso no es posible, y se salva la madre, no hay intención de matar al feto;

NONAGESIMOSEGUNDO. Que, al respecto, cabe señalar que la Constitución no se refiere al aborto. Ya examinamos que en la expresión "protege" no hay un mandato penal, sino que un encargo general al legislador para que ampare o defienda al que está por nacer. Indudablemente no excluye la intervención penal. Pero, como todo delito, es entregado en su configuración al legislador;

NONAGESIMOTERCERO. Que, por otra parte, por la Ley de los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, la decisión de cómo proceder no es únicamente del facultativo, porque dicha normativa exige el consentimiento del paciente. Por lo mismo, no puede haber un aborto indirecto sin dicha voluntad. Es la mujer la que debe establecer cómo proceder. Ni aún en caso de riesgo vital, se puede proceder sin ese consentimiento (artículo 15 letra b);

NONAGESIMOCUARTO. Que, en todo caso, en cualquiera de los tipos de aborto, el resultado será siempre el mismo: la muerte del feto. En el aborto no hay muerte natural del que está por nacer. Hay una acción médica que provoca su muerte. En este caso concreto, dicha muerte es porque el embarazo pone en peligro vital a la mujer;

NONAGESIMOQUINTO. Que no hacer nada frente al riesgo que produce el embarazo en la mujer, es una forma de decidir. Requerida por la mujer la interrupción del embarazo y diagnosticado por el cirujano el riesgo vital, no cabe otra solución que la interrupción para salvar la vida de la madre;

b. La segunda causal no vulnera la Constitución.

NONAGESIMOSEXTO. Que respecto de esta causal, se afirma que es difícil de diagnosticar. También, que el que está por nacer no puede ganar o perder derechos de acuerdo a su estado de salud. Asimismo, hay un riesgo para la salud de la madre, toda vez que este aborto no tiene plazo; y entre más edad gestacional tenga el feto, mayor riesgo para ella. Del mismo modo, no repara el efecto psicológico en las madres que el aborto produce, afectando su integridad física y psíquica, que le garantiza la Constitución. Además, se sostiene, que dos doctores para certificar la causal no es suficiente, dado que la muerte encefálica se exige un equipo de médicos y certificación unánime e inequívoca. Finalmente, se reprocha que no hay acuerdo entre los especialistas respecto al listado de enfermedades que se encuentra en esta causal;

NONAGESIMOSÉPTIMO. Que al igual que en el caso anterior, debemos separar las objeciones de las que nos podemos hacer cargo de aquellas que no.

No podemos hacernos cargo que la norma exija dos médicos para certificar la causal. En todo caso, el contraste que se formula respecto de la muerte encefálica no es efectivo. La Ley N° 19.451 exige que la certificación unánime e inequívoca sea otorgada por un equipo médico. Pero el reglamento de la ley (D.S. N° 35/Salud/2013), estableció que dicho equipo debe estar compuesto por "a lo menos dos médicos cirujanos, uno de los cuales deberá desempeñarse en el campo de la neurología o neurocirugía" (artículo 17). Por lo mismo, se exigen también dos facultativos;

NONAGESIMOCTAVO. Que tampoco nos podemos hacer cargo de lo difícil del diagnóstico de la patología. Se trata nuevamente de un control de aplicación de normativa, no de atribución de facultades.

Por lo demás, lo fácil o difícil del diagnóstico de una determinada enfermedad no hace más o menos constitucional la norma.

También hay que considerar que la enfermedad que permite la interrupción del embarazo no es la única enfermedad de difícil diagnóstico en nuestro país. Ello no ha impedido que opere la medicina o se paralice el proceso de atender el paciente.

Asimismo, este tipo de obstáculos no pueden impedir la posición legal que otorga el proyecto de ley a la mujer. Los médicos deben desplegar el máximo esfuerzo que su ciencia les permita, para que no se sume a la patología del feto, el peligro sustantivo de una parálisis decisoria por falta de un diagnóstico correcto y oportuno.

Sin duda que los facultativos deben actuar sobre la base de una información relevante, completa y confiable. Pero eso no se lo puede garantizar el proyecto de ley. Tiene que ver más con especialidades médicas, infraestructura, equipamiento;

NONAGESIMONOVENO. Que en relación a la objeción del efecto psicológico en las madres y su eventual amenaza en la integridad física y síquica, cabe señalar que durante las audiencias públicas se aludió a distintos estudios. En unos, se afirmaba que el aborto era perjudicial en estos casos; mientras en otros, se sostenía que era aliviador.

Como es la madre la que inicia el proceso de interrupción del embarazo, sin perjuicio de toda la información y el acompañamiento que pueda tener, es ella la que asume conscientemente los efectos de su decisión.

No podemos partir de la base, como se sostuvo durante las mismas audiencias públicas, que a la mujer se le nubla el juicio en estas circunstancias. Eso, en todo

caso, no emanaba de los estudios. La mujer es la que debe decidir si continuar adelante con el embarazo, no obstante la patología del embrión o feto, que necesariamente terminará en la muerte de éste, o que quiere terminar con esta situación y proceder a interrumpir el embarazo. ¿Por qué tiene que decidir el juez, el marido, el médico y no la mujer? Mientras la mujer está embarazada puede celebrar actos y contratos, es responsable ante la ley, puede seguir trabajando o estudiando, puede ser candidata, puede votar. Para todos esos actos no se la considera con esta interdicción pasajera;

CENTÉSIMO. Que respecto del eventual riesgo en que pueda incurrir la madre, producto de que el aborto no tiene plazo, hay que considerar que la decisión está sujeta al informe previo y favorable de dos diagnósticos médicos en igual sentido. Y no de cualquier médico, sino que de "médicos especialistas". Por lo mismo, hay que confiar en la capacidad de ese equipo y en la *lex artis* que lo guía.

Otras enfermedades, no obstante, que producen un riesgo mayor en el paciente, no requieren de este tipo de diagnóstico colectivo.

Por lo demás, el riesgo es asumido íntegramente por la mujer, toda vez que se requiere su consentimiento;

CENTESIMOPRIMERO. Que lo anterior guarda armonía con el mandato de protección del que está por nacer, toda vez que la decisión de interrupción del embarazo siempre constituirá una medida de "última ratio", de modo tal que debe intentarse siempre disminuir al máximo la posibilidad de un error en el diagnóstico y acercarse desde lo científico a la mayor certidumbre que sea posible, de manera de evitar los perjuicios derivados de una determinación que tendrá carácter de irreversible;

CENTESIMOSEGUNDO. Que en relación a la posibilidad de que se produzca el aborto y el feto logre sobrevivir, por una parte, el proyecto contempla que el prestador de salud debe proporcionar los cuidados paliativos. En el caso que no los necesite, está la regla general del sistema de salud; y, por tanto, deberá sujetarse a este. No es que no haya regla para el caso que nazca vivo y sobreviva sin dificultades. La situación compleja de que nazca vivo y con dificultades, el proyecto la soluciona. Si el feto nace vivo, tiene todos los cuidados de cualquier persona. Y, por eso, la ley habla de parto.

De todas maneras, se trata de una situación excepcionalísima, toda vez que la causal implica que la patología sea incompatible con la vida extrauterina independiente;

CENTESIMOTERCERO. Que, por otra parte, en cuanto al capítulo de los requerimientos que expresan que la despenalización sería más bien una prestación médica que se constituye en un auténtico derecho subjetivo, no es posible desconocer que la Constitución Política asegura a todas las personas, en el artículo 19 N° 9, el derecho a la protección de la salud, lo que conlleva que las acciones de salud que ahí se establecen el Estado está obligado a garantizarlas, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley. Como se ve, corresponde al Estado y los particulares otorgar las prestaciones de salud, en el caso del aborto en las causales despenalizadas, considerando que se verifica una afectación a la vida e integridad física y psíquica. La protección de la salud es un derecho constitucional que permite garantizar el derecho a la vida;

Las prestaciones médicas que se derivan de la de la interrupción del embarazo, en las causales de justificación que se despenalizan, son inherentes e

indispensables, no puede entenderse aquella sin una política de salud o sanitaria en esta situación por parte del Estado. Su omisión haría incurrir al Estado en responsabilidad por falta de servicio.

Por lo anteriormente expresado, las prestaciones médicas para practicar el aborto justificado, no son un nuevo derecho subjetivo, sino, sólo una concreción y confirmación del derecho constitucional a la protección de la salud, que debe garantizarse a las mujeres como titulares universales del mismo y que se encuentran enfrentadas a la decisión de interrumpir su embarazo. No hay un derecho nuevo, sino la garantía de igualdad ante la ley, pues se trata de una categoría eventual de pacientes que deben ser tratados de la misma forma;

CENTÉSIMOCUARTO. Que, finalmente, se sostiene que el feto no puede ganar o perder derechos de acuerdo al estado de salud.

Ya explicamos en otra parte de esta sentencia, que el feto no tiene derecho a la vida, por no ser jurídicamente persona.

Se trata, además, de un embrión o feto que padece una patología letal. Por lo mismo, la decisión es si la muerte se va a producir antes o después de la interrupción, estando fuera de la hipótesis de protección de la vida que está por nacer.

Como señalaremos más adelante, no se puede imponer a la mujer una carga de soportar su embarazo a todo evento con este embrión o feto destinado a fallecer. Ella es la que tiene que decidir, con los dos facultativos especialistas;

c. La tercera causal no vulnera la Constitución.

CENTESIMOQUINTO. Que en relación a la causal de violación, se sostiene que medicamento no se justifica

porque estamos frente a una mujer sana, y un feto sano. Por lo mismo, es un asesinato. Enseguida, se sostiene que el alivio al trauma de la violación no es el aborto; por lo mismo, hay un efecto negativo en la salud de la mujer, que afecta su integridad física y psíquica. También, se reprocha que hay un riesgo para la mujer. Por otro lado, se cuestiona el que no se tomen los resguardos adecuados para acreditar la violación. De ahí que se permite darla por establecida para tomar decisiones que comprometen la vida del que está por nacer. Finalmente, el acompañamiento del proyecto a la mujer que tiene que decidir, no es obligatorio; y no es un acompañamiento disuasivo;

CENTESIMOSEXTO. Que nuevamente debemos distinguir entre los cuestionamientos jurídico-constitucionales y aquellos de mérito o de crítica a la regulación establecida en el proyecto.

El que se sostenga que el alivio al trauma de la violación no es el aborto, es una decisión de conveniencia o mérito. Es el legislador el que apreció que era una alternativa de solución. En todo caso, no es una decisión impuesta por el Estado, sino que recae en la decisión de la mujer y del equipo médico encargado de examinarla.

En esta misma categoría se ubica el alegato de que la causal se puede prestar para abusos. Eso es un control de aplicación de ley. El fraude a la ley no es sin más un asunto de constitucionalidad;

CENTESIMOSÉPTIMO. Que no es efectivo que se trate de una mujer indemne. Cualquier mujer que haya sido violada, y más encima embarazada producto de esa violación, tiene un trauma. Este podrá ser mayor o menor; pero no puede ser desconocido;

CENTESIMOCTAVO. Que en relación a que el feto está sano, no es la única causal que ello puede suceder.

Tratándose de la causal de riesgo vital, este no necesariamente es producto de alguna patología del feto. Puede ser consecuencia de enfermedades de la madre, previas o adquiridas, desarrolladas o no, producto del embarazo.

Por otra parte, el énfasis no tiene que estar puesto en el embrión o feto, sino que en el sufrimiento de la mujer.

Más todavía si, como se señaló en las audiencias públicas por la doctora Huneeus, el 66% de los embarazos por violación corresponden a adolescentes. De ellos, el 12% son menores de 14 años; y el 7% son menores de 12 años. Y en el 92% de esos casos, la violación la cometen familiares; y en casi la mitad de esos casos, son reiteradas.

Por lo tanto, estamos frente al sufrimiento de una menor;

CENTESIMONOVENO. Que se trata de darle a la mujer una defensa tardía del ataque vejatorio de que fue objeto. La mujer no tiene por qué hacerse cargo de los efectos del delito. En efecto, una cosa es el embarazo, que dura un tiempo. Y otra es la maternidad, que dura toda la vida.

Por lo demás, todas las convenciones internacionales más arriba individualizadas, establecen como deber del Estado evitar la violencia física, sexual y psicológica contra la mujer;

CENTESIMODÉCIMO. Que en cuanto al riesgo de la mujer, al verse expuesta a un aborto, a diferencia de las otras causales, esta tiene plazo. Ya señalamos que ese plazo es de 12 semanas para las mujeres mayores de 14 y 14 semanas para las menores de esa edad.

Dicho plazo implica que hasta antes de finalizar ese período, la mujer tiene la opción de interrumpir el

embarazo. Después de vencido ese plazo, el legislador entiende que ha asumido este, renunciando a dicha interrupción. Y por lo mismo, debe continuar con él, como cualquier otra mujer. Esa es una forma de proteger al que está por nacer.

El plazo está establecido sobre la base que como las violaciones con embarazo afectan a niñas, estas no se percatan de la situación hasta que es evidente.

El plazo disminuye el riesgo, porque este aumenta con la edad de gestación;

CENTESIMODECIMOPRIMERO. Que en cuanto al argumento que no se contemplan soluciones alternativas y que el acompañamiento no es obligatorio, cabe señalar que el proyecto obliga al prestador de salud a entregarle a la mujer información verbal y escrita sobre las alternativas a la interrupción del embarazo. Dicha información debe ser completa y objetiva. En cuanto a que el programa de acompañamiento no es disuasivo, eso no lo hace inconstitucional. Lo relevante es que sea la mujer que decida cómo obtiene una mejor reparación. Ni el acompañamiento ni la información, pueden ser coactivas. Es decir, estar destinados a forzar la voluntad de la mujer en un determinado sentido. Lo importante es que haya acogida, apoyo y redes de apoyo. Sólo así se respetan adecuadamente sus derechos;

CENTESIMODECIMOSEGUNDO. Que en cuanto al argumento que la violación, antes de proceder a la interrupción del embarazo, debe estar acreditada judicialmente, cabe señalar lo siguiente.

Por de pronto, cuando cualquier persona llega a un hospital, aunque haya participado en un delito, se le atiende. No se le pide acreditar su participación en el hecho delictivo. Se procede inmediatamente a entregarle el tratamiento que corresponda. No se le condiciona a que demuestre que ha sido víctima o partícipe del delito.

Para iniciar el procedimiento de interrupción, la ley también sigue la misma lógica. Separa la atención del paciente de la parte judicial.

Por eso, el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal obliga a toda persona que se encuentra a cargo de un establecimiento de salud a dar cuenta al fiscal de la entrada de cualquier individuo que tuviere lesiones corporales de significación. Pero no se le autoriza a negar o condicionar la atención médica.

Enseguida, el proyecto obliga a hacer las denuncias que correspondan. Para tal efecto, hace un distinguo. De un lado, la mujer mayor de 18 años. Esta, de acuerdo al artículo 369 del Código Penal, no está obligada a hacer denuncia a la justicia o al Ministerio Público. No obstante eso, el proyecto dice que si la mujer no hizo la denuncia, los jefes de los establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares, deben poner en conocimiento del Ministerio Público este delito.

Del otro, tratándose de menores de 18 años, dichos jefes deben proceder a hacer la denuncia y notificar al Servicio Nacional de Menores.

No es, por tanto, que el asunto penal no importe. Es sólo que no condiciona el procedimiento de interrupción.

Asimismo, el equipo médico debe concentrarse en confirmar la ocurrencia de los hechos y la edad gestacional, y respetar el principio de confidencialidad médico paciente. En dicho equipo deben existir todos los profesionales que puedan aportar en la situación que la mujer señala (médicos, psicólogos, psiquiatras).

Los informes que este equipo evalúe serán determinantes para la decisión e incluso para la comprobación del delito en la investigación penal.

Finalmente, el proyecto establece que la comparecencia de la víctima a los actos del procedimiento

judicial es siempre voluntaria, sin que quepa ningún tipo de apremio;

XI. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD.

CENTESIMODECIMOTERCERO. Que, por otra parte, es necesario someter el alegato de los requirentes al test de proporcionalidad. Ellos sostienen que la mejor manera de proteger al que está por nacer es mediante medidas penales;

CENTESIMODÉCIMOCUARTO. Que en cuanto a la idoneidad, la pregunta central es si la medida penal es la más eficaz para proteger al no nacido.

En los anexos acompañados por el Ejecutivo en su contestación, viene una serie de estadísticas no controvertidas por los requirentes. En ellas se señala que durante el año 2014 hubo 30.799 egresos hospitalarios por aborto. No obstante, entre el año 2005 y 2016, el número de mujeres formalizadas por delito de aborto y por aborto sin consentimiento, corresponden a 378 mujeres. Las mujeres condenadas sólo ascienden a 148.

Ello demuestra inmediatamente que la persecución y sanción penal no ha sido el mecanismo idóneo para proteger al no nacido.

Hay que señalar, además, que en esa cifra de 30.000 no se incluyen los abortos clandestinos.

De la sola lectura de estas cifras, se demuestra que la **protección** penal no es la más idónea;

CENTESIMODECIMOQUINTO. Que en cuanto al test de necesidad, ya anotamos en otra parte de esta sentencia que el derecho penal es siempre última ratio. Por lo mismo, por definición, hay otras medidas menos lesivas.

Además, la sanción penal absoluta del aborto, sin causales de excepción, choca con los derechos de la mujer.

No se da, en consecuencia, el segundo elemento del test;

CENTESIMODECIMOSEXTO. Que, finalmente, en cuanto al balance, tampoco procede.

Desde luego, se contrasta los derechos de la mujer con un bien jurídico protegido.

Enseguida, el embarazo provoca un compromiso vital de la mujer, que afecta toda su vida. La intensidad de la unión entre ella y el embrión o feto, se establece un vínculo único, diferente a lo que se conoce. Sin embargo, la presencia de las tres causales que el proyecto contempla, obligan a ponderar las cargas excesivas que estas significan para la mujer. El derecho no puede obligar a las personas a actuar contra sí mismas, y obligarlas a soportar el riesgo vital, la muerte de su hijo por una patología letal o la maternidad como consecuencia de la violación;

XII. NO SE AFECTA LA IGUALDAD ANTE LA LEY.

CENTESIMODECIMOSÉPTIMO. Que, finalmente, los requirentes alegan una serie de distinciones que hace el proyecto vulneran la igualdad ante la ley.

En primer lugar, se reprochan las distintas formas de acreditación de las causales.

A este respecto, cabe señalar que son causales distintas, sometidas a requisitos distintos, que no se pueden asimilar y someter a una misma regla común.

Enseguida, para el resto de situaciones médicas, salvo casos muy excepcionales, no hay prácticamente regulación legal. En este sentido, el proyecto

complementa la lex artis con intervenciones obligatorias y regladas de facultativos.

Asimismo, en la medida que la causal se complejiza, aumenta la cantidad de equipo médico que debe participar;

CENTESIMODECIMOCTAVO. Que también se reprocha el distingo de edad de las mujeres violadas, entre mayores de 14 años y menores.

Esta separación se hace sobre la siguiente base. De acuerdo a la Ley de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, se debe distinguir entre los que sean mayores de 14 años y los menores de esa edad. Los menores son inimputables. Para los que sean mayores de 14 y menores de 18, se les aplica esta ley. Y para los mayores de 18, se les aplica el estatuto general.

El punto es importante, porque aquí estamos hablando de causales que impiden el reproche penal en un delito: el de aborto.

Enseguida, el distingo se funda en que de acuerdo al Código Penal, el acceso carnal a una menor de 14 años, es siempre violación (artículo 362 del Código Penal).

Por lo tanto, el distingo no es artificial, sino coherente con el resto de la legislación;

CENTESIMODECIMONOVENO. Que, en tercer lugar, se reprocha que no es razonable la forma en que los padres o los representantes legales participan en el proceso.

El proyecto hace un distingo entre las menores de 14 años y las mayores de 14 y menores de 18 años.

Para las menores de 14 años, es necesaria la autorización del representante legal. Para las mayores de 14 y menores de 18, basta que se informe al representante legal; y si hay más de uno, al que la menor señale.



El distingo recién señalado se funda en que están en juego aquí derechos personalísimos. También en que romper la confidencialidad puede ser extremadamente gravoso para el menor. Está en juego el interés superior del menor.

De hecho, el propio proyecto contempla que cuando el riesgo sea mayor, no se requiere autorización del representante, yendo el equipo médico directamente donde el juez. Lo mismo sucede en el caso en que cabe información, porque si se dan las mismas causales, se prescinde de la comunicación y se informa al adulto familiar que la adolescente indique y, en caso de no haberlo, al adulto responsable que señale.

Además, no es el único caso en que se opera así. Existen procedimientos parecidos en la Ley N° 20.584, sobre los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud (artículo 15), también en la Ley N° 20.418, que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad (artículo 2°). Asimismo, en la Ley N° 19.779 que establece normas relativas al VIH, se establece otro procedimiento equivalente (artículo 5);

CENTESIMOVIGÉSIMO. Que, en cuarto lugar, se cuestiona el acompañamiento. Se sostiene que no es suficientemente disuasivo cuando la mujer desea interrumpir el embarazo.

Al respecto, cabe señalar que el proyecto estructura sus disposiciones sobre la base de la dignidad de la mujer. Desde luego, porque ella decide. Para eso pone énfasis en que su voluntad debe ser expresa, previa y escrita. Enseguida, se le informan todas las alternativas posibles. Luego se le entrega un acompañamiento, incluso si decide interrumpir el embarazo.

Para los requirentes si el acompañamiento no es disuasivo, no se protege la vida del que está por nacer.

Sin embargo, a estas alturas, ya está claro que dicha protección no es un título para imponer sacrificios a la mujer. El Estado debe respetar la decisión, pero no imponerla ni coaccionarla;

CENTESIMOVIGESIMOPRIMERO. Que en mérito de todo lo anterior, consideramos que el requerimiento debe ser rechazado, en todas sus partes.

CAPÍTULO SEGUNDO.

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

CENTESIMOVIGESIMOSEGUNDO. Que el Tribunal Constitucional acogerá este capítulo de los requerimientos parlamentarios, declarando parcialmente inconstitucional el nuevo artículo 119 ter del Código Sanitario, que agrega el artículo 1°, N° 3, del Proyecto de Ley objetado;

CENTESIMOVIGESIMOTERCERO. Que el numeral 3 del Proyecto introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario, regulando por primera vez en forma expresa en nuestro derecho, el tema de la objeción de conciencia. Dispensa en tal virtud tanto al médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso del artículo 119 - agregado por el N° 1 del mismo Proyecto - cuanto al resto del personal profesional al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención, de la obligación de efectuar el respectivo acto quirúrgico, cumpliéndose las formalidades que indica;

CENTESIMOVIGESIMOCUARTO. Que la disposición aludida comete al Ministerio de Salud la dictación de los



"protocolos necesarios para la ejecución de la obligación de conciencia", resguardando el deber de "asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo ...". Acto seguido, el acápite final del inciso 1° de este nuevo artículo declara que "[L]a objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución".

Es precisamente este pasaje del mandato legal el que ha sido reprochado de inconstitucional, por entender las requirentes que: a) la restricción de tal derecho a solo los médicos y personal profesional concernidos, constituiría una discriminación arbitraria respecto del personal de salud no profesional que también participa en el correspondiente acto médico, así como afectaría la libertad de asociación y la autonomía de los cuerpos intermedios para el cumplimiento de sus propios fines específicos, y b) que asimismo el derecho a la objeción de conciencia no puede quedar limitado exclusivamente a los profesionales intervinientes en la prestación de que se trata, sino que ha de expandirse además a las instituciones en que ellos prestan sus servicios, so pena de quebrantar las garantías que se menciona y que se explicitarán en el desarrollo de esta argumentación;

ANÁLISIS DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA COMO UN DERECHO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADO

CENTESIMOVIGESIMOQUINTO. Que el fundamento constitucional del derecho de que se trata, se suele afincar en el artículo 19, N° 6° de nuestra Carta Política, en cuanto asegura a todas las personas "*[L]a libertad de conciencia, la manifestación de todas las creaciones y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público*". Sin embargo y como puede apreciarse de su simple lectura, este precepto no contiene un

reconocimiento expreso de este derecho, que ha sido definido como "el derecho a no ser obligado a cumplir, por razones de conciencia, las imposiciones de la ley" (Informe N° 43, Caso 12219 Fondo Cristián Daniel Sahli Vera y otros v. Chile (10.03.2005, N° 37);

CENTESIMOVIGESIMOSEXTO. Que no son muchas las Constituciones que, en el derecho comparado, reconocen explícitamente en su texto a la institución en análisis, otorgándole efecto liberatorio de alguna obligación concreta. Entre las excepcionales que lo hacen, cabe mencionar la española de 1978, cuyo artículo 30.2 encomienda al legislador la regulación, con las debidas garantías, de la objeción de conciencia, todo ello a propósito de las obligaciones militares de los españoles. Lo propio hace la Constitución Nacional del Paraguay, de 1992, en su artículo 37, que junto con reconocerla, la extiende "por razones éticas y religiosas para los casos en que esta Constitución y la ley admitan";

CENTESIMOVIGESIMOSEPTIMO. Que el tema que nos convoca ha sido tratado en órganos de justicia constitucional, tanto en Europa como en Latinoamérica.

La Corte Europea de Derechos Humanos, en efecto, reconoce y admite la legislación nacional referida a la objeción de conciencia de personal médico (CEDH. P.S. vs. Polonia, aplicación número 57375-08, de 5.11.12, par. 107). La interrupción del aborto en ciertas circunstancias, conlleva, en muchos países europeos, un debate persistente sobre el alcance y titularidad del derecho a la objeción de conciencia, no solo individual, sino también por parte de las instituciones de salud, aspecto muy complejo especialmente tratándose de instituciones de carácter privado con un ideario contrario a dichas prácticas;

CENTESIMOVIGESIMOCTAVO. Que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Resolución 1763, de 2010, tuvo oportunidad de invitar a los Estados

miembros del Consejo de Europa "a desarrollar marcos legales claros y completos que definan y regulen la objeción de conciencia en relación con los servicios médicos y de salud" los cuales deben garantizar "el derecho a la objeción de conciencia en relación con la participación del procedimiento en cuestión" (4.1.)h;

CENTESIMOVIGESIMONOVENO. Que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos reconoce que "los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación" (Corte IDH., caso Cantos vs. Argentina. Excepciones preliminares, serie C, N° 85-2001, par. 22 y 23). La Corte ha abierto pues la puerta para que, de manera excepcional y en ciertas circunstancias, las personas jurídicas puedan ser consideradas como titulares de ciertos derechos y obligaciones conforme al sistema interamericano. No obstante en reiteradas oportunidades ha manifestado también que las personas jurídicas no son titulares del derecho a la libertad de conciencia y de religión. Con todo esta aproximación - que como se ve no es del todo uniforme - no es vinculante para esta instancia de justicia constitucional. Como se ha expresado anteriormente en la disidencia relacionada con las causales de interrupción voluntaria del embarazo, tales enunciados no son vinculantes a su respecto, sin perjuicio de su importancia como herramienta hermenéutica, relativizada en este punto por la falta de completa uniformidad de estas decisiones;

CENTESIMOTRIGESIMO. Que, en consecuencia, este Tribunal Constitucional fundará su decisión respecto al derecho de libertad de conciencia y religión que ostentan las personas jurídicas, en materia de objeción institucional, en una perspectiva diversa de la sustentada por la Corte Interamericana, con estricto

apego a la norma del artículo 19, N° 6°, pero, además, considerando las garantías contenidas en los numerales 11° y 15°, en relación con el artículo 1°, inciso tercero, de nuestra Carta Fundamental, con arreglo al desarrollo argumental de que se da cuenta en las consideraciones siguientes.

ANALISIS DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL PROYECTO DE LEY CUESTIONADO.

CENTESIMOTRIGESIMOPRIMERO. Que la objeción de conciencia, en la forma planteada por el proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, debe entenderse amparada por la dignidad de las personas que - individualmente o proyectada en su asociación con otros- se niegan a practicar cierto tipo de actuaciones (la interrupción del embarazo), por razones éticas, morales, religiosas, profesionales, u otras de señalada relevancia;

CENTESIMOTRIGESIMOSEGUNDO. Que, en efecto, ya de entrada la Constitución Política, en el artículo 1°, inciso primero, reconoce expresamente -entre las "Bases de la Institucionalidad"- la dignidad de las personas, entendida como aquella cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados (STC Rol N° 389, c. 17°). De esta forma, ninguna ley puede disponer de las personas como un medio; a un punto tal que incluso a costa de tener que enajenar las propias convicciones que la definen como persona, cual recurso humano, sea puesta a satisfacer los deseos, apetencia o necesidades de otros.

Una alienación tal implica, entonces, despojar a los destinatarios de la norma de su misma calidad de

personas, e imponer la obediencia ciega frente a los dictados de una ley que desconoce el elemental derecho, a ampararse en las propias convicciones, para no llevar a cabo un acto que violente su conciencia;

CENTESIMOTRIGESIMOTERCERO. Que la objeción de conciencia, esto es, el rechazo a una práctica o deber que pugna con las más íntimas convicciones de la persona es, precisamente, una manifestación de la libertad de conciencia asegurada, en nuestra Constitución, en su artículo 19 N° 6°.

La doctrina ha señalado que la libertad de conciencia *"importa la de creer en lo que se desee, sea en materia política, social, filosófica o religiosa. Es una variante de la libertad de pensamiento y comprende el derecho a pensar libremente, el derecho de cada uno a formar su propio juicio, sin interferencias."* (Sagüés, Néstor Pedro. Derecho Constitucional 3 Estatuto de los Derechos. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 255).

CENTESIMOTRIGESIMOCUARTO. Que, así, es inconcuso que la objeción de conciencia puede ser interpuesta por las personas individuales; tanto más cuando la Carta Fundamental asegura expresamente a todas las personas la libertad de conciencia, en su artículo 19, N° 6°, inciso primero. Misma libertad que el texto constitucional no autoriza limitar (N° 26° del citado artículo 19), máxime cuando -como en este caso- su ejercicio incide, justamente, en el ámbito de la vida de otros seres humanos conforme a la propia convicción que se sustente;

CENTESIMOTRIGESIMOQUINTO. Que, en la misma línea de razonamiento, atendida la naturaleza y peculiaridad del Proyecto de Ley en revisión, no se divisa razón jurídica alguna para restringir la objeción de conciencia solamente a las personas naturales que revistan la condición de profesionales. Cuando aquéllas que no lo son

también podrían tener reparos, en conciencia, frente a los procedimientos en que deben intervenir;

CENTESIMOTRIGESIMOSEXTO. Que, no es menos evidente, asimismo, que la objeción de conciencia puede ser planteada legítimamente por sujetos jurídicos o asociaciones privadas, en este caso, con arreglo a la autonomía constitucional que a los grupos intermedios de la sociedad les reconoce la propia Carta Fundamental, artículo 1º, inciso tercero. La interposición de este legítimo reparo no se agota en el orden individual, puesto que también se extiende y propaga a las asociaciones destinadas a encarnar el mismo libre pensamiento, acorde con el derecho que asegura a todas las personas el artículo 19, N° 15º, de la Constitución.

E idénticamente pueden hacerla valer las instituciones religiosas, personas jurídicas o entidades con idearios confesionales que se proyectan hacia el ámbito de la salud, al amparo del artículo 19, N° 6º, constitucional. Como también les es dable oponer la objeción de que se trata a los establecimientos educacionales con una función e ideario en el sentido indicado, de conformidad con el artículo 19, N° 11º, de la Carta Fundamental;

CENTESIMOTRIGESIMOSÉPTIMO. Que conviene puntualizar que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los establecimientos de enseñanza tienen un ideario que debe ser respetado. Es así como el mismo Tribunal Constitucional de España, razonando sobre la libertad de cátedra, ha afirmado que "En los centros privados, la definición del puesto docente viene dada, además de por las características propias del nivel educativo, por el *ideario* que, en uso de la libertad de enseñanza y dentro de los límites antes señalados, haya dado a aquél su titular, Cualquier intromisión de los poderes públicos en la libertad de cátedra del profesor sería así, al mismo

tiempo, violación también de la libertad de enseñanza del propio titular del centro (...)” Más adelante precisa que el ideario “*forma parte de la propia libertad del centro.*” (Sentencia 5/1981, de 13 de febrero de 1981);

CENTESIMOTRIGESIMOCTAVO. Que, en consecuencia, se declaran inconstitucionales y deberán eliminarse del proyecto de ley las siguientes expresiones contenidas en el nuevo artículo 119 ter del Código Sanitario:

1) La expresión “**profesional**”, que va entre las frases “el resto del personal” y “al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención”, que se encuentra en el inciso primero del artículo 119 ter del Código Sanitario, agregado por el artículo 1º, N° 3, del Proyecto de Ley en examen.

2) La frase impeditiva “**en ningún caso**”, que se emplea entre “es de carácter personal y” y “podrá ser invocada por una institución”, en el inciso primero del artículo 119 ter del Código Sanitario, agregado por el artículo 1º, N° 3, del citado Proyecto de Ley.

3) La frase “**Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119**”, contenida en la parte final del inciso final del nuevo artículo 119 ter, agregado por el artículo 1º, N° 3, del mismo proyecto de Ley.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 3º, e incisos cuarto y siguientes, y las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República, y en los artículos 61 y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,



SE RESUELVE:

1°. Que se rechazan las impugnaciones efectuadas al artículo 1°, numeral 1°, que sustituye el artículo 119 del Código Sanitario; artículo 1°, numeral 2°, que incorpora un nuevo artículo 119 bis al Código Sanitario; artículo 1°, numeral 3°, incisos primero, salvo la voz "profesional" y la expresión "en ningún caso"; segundo; y, tercero, con excepción de la frase "Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119.", que introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario; artículo 1°, numeral 4°, que introduce un nuevo artículo 119 quáter al Código Sanitario; artículo 2°, que reemplaza el artículo 344 del Código Penal; artículo 3° del proyecto de ley, que introduce modificaciones al artículo 13 bis, inciso primero, de la Ley N° 19.451; y, al artículo transitorio, todos del proyecto de ley recaído en el Boletín N° 9895-11.

2°. Que el Tribunal Constitucional acogerá parcialmente la impugnación al artículo 1°, numeral 3°, incisos primero, en la voz "profesional" y la expresión "en ningún caso"; y, tercero, respecto de la frase "Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119.", del proyecto de ley, preceptiva que introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario y que se declara como contraria a la Constitución Política.

3°. Que, en consecuencia, esta Magistratura declara que el artículo 1°, numeral 3° del proyecto de ley, que introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario, en su parte no objetada, es del siguiente tenor:

"3. Introdúcese el siguiente artículo 119 ter:

"Artículo 119 ter. El médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso primero del artículo 119 podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. De este mismo derecho gozará el resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención. En este caso, el establecimiento tendrá la obligación de reasignar de inmediato otro profesional no objetante a la paciente. Si el establecimiento de salud no cuenta con ningún facultativo que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia. Dichos protocolos deberán asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo en conformidad con los artículos anteriores. La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución.

Si el profesional que ha manifestado objeción de conciencia es requerido para interrumpir un embarazo, tendrá la obligación de informar de inmediato al director del establecimiento de salud que la mujer requirente debe ser derivada.

En el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del número 1) del inciso primero del artículo 119, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista



otro médico cirujano que pueda realizar la intervención.”.

DISIDENCIAS

PRIMER CAPÍTULO. Despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

Los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Iván Aróstica Maldonado, Juan José Romero Guzmán y Cristián Letelier Aguilar estuvieron por acoger los requerimientos deducidos por una cuarta parte de los senadores (Rol N° 3729) así como por una cuarta parte de los diputados (Rol N° 3751), a fojas 1 de los respectivos expedientes, en base a las siguientes consideraciones:

I. EL CONFLICTO SOMETIDO A LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

1°. Que en el Rol N° 3729, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 3° de la Constitución, un grupo de senadores -que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio del Senado- ha requerido la inconstitucionalidad de una serie de preceptos del Proyecto de Ley, originado en Mensaje de S.E. de la República, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (Boletín N° 9895-11).

Los preceptos objetados, ya reproducidos en la parte expositiva, son los siguientes:

- **Artículo 1° N° 1, inciso primero, numerales 1), 2) y 3),** que autoriza la interrupción de un embarazo por un médico cirujano, mediando la voluntad de la mujer: a) Si la mujer se encuentra en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida (primera causal); b) Si el embrión o feto padece de una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal (segunda causal), y c) Si el embarazo es el resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de 12 o de 14 semanas de gestación según si la violación ha afectado a una mujer mayor o menor de 14 años.

- **Artículo 1°, incisos 2° a 14°,** excepto las dos frases finales del inciso 13° que comienzan con las expresiones "La madre podrá siempre solicitar (...)", que regulan el mecanismo necesario para que las tres causales descritas puedan operar. Concretamente, aluden a la manifestación de voluntad de la mujer (incluyendo el caso de personas con discapacidad hayan o no sido declaradas interdictas), ya sea directamente por ella, por su representante legal o a través de autorización judicial sustitutiva. Asimismo, contemplan el deber del prestador de salud de informar verazmente a la mujer sobre las características de la prestación médica conducente a la interrupción del embarazo, a las alternativas a ésta y a los programas de apoyo, social, económico y de adopción disponibles. El programa de acompañamiento también se regula detalladamente en estos preceptos.

- **Artículo 1° N° 2**, que se refiere a los diagnósticos médicos necesarios para que pueda operar la interrupción voluntaria del embarazo en las tres causales precisando una serie de aspectos adicionales relativos a la denuncia y procedimiento aplicable al delito de violación cuando se trata de la tercera causal.
- **Artículo 1° N° 3**, que regula la objeción de conciencia que pueden plantear el médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo como el resto del personal profesional que haya de intervenir en ese acto al interior del pabellón quirúrgico. Se excluye la objeción de conciencia institucional.
- **Artículo 1° N° 4**, que prohíbe la publicidad de establecimientos y procedimientos en que se practique la interrupción del embarazo.
- **Artículo 2°**, que reemplaza el artículo 344 del Código Penal para adaptarlo a la nueva regulación.
- **Artículo 3°**, que modifica la Ley N° 19.451 sobre trasplante y donación de órganos, y
- **Artículo transitorio** que regula el plazo para que las prestaciones de salud asociadas a la interrupción voluntaria de un embarazo se hagan exigibles así como la forma de financiamiento del sistema que se asocia a aquellas;

2°. Que las contravenciones constitucionales denunciadas en este primer requerimiento dicen relación con los artículos 6°, 7°, 19, N° 1°, inciso segundo, y N° 2° de la Carta Fundamental;

3°. Que en el Rol N° 3751, y en virtud del mismo artículo 93, inciso primero, N° 3° de la Constitución, un grupo de diputados -que representan más de la cuarta

parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados- ha requerido la inconstitucionalidad de los mismos preceptos del proyecto de ley indicados precedentemente, con las salvedades que se indican a continuación:

- En el caso del **artículo 1° N° 1, inciso 13**, se impugna también aquella parte que, al final de esa norma, señala que "La madre tendrá siempre derecho" (a solicitar que el acompañamiento sea otorgado por instituciones u organizaciones de la sociedad civil debidamente acreditadas mediante decreto supremo dictado por el Ministerio de Salud).
- En el **artículo 1° N° 2, el inciso quinto**, referido a la obligación de los jefes de establecimientos hospitalarios o clínicas particulares de poner en conocimiento el delito de violación perpetrado contra una mujer mayor de 18 años. Asimismo, el **inciso séptimo** de este artículo que dice relación con la comparecencia siempre voluntaria de la víctima a los actos del procedimiento en el caso que se persiga el delito de violación así como con la prohibición de decretar en su contra medidas de apremio.

Las normas constitucionales que se estiman transgredidas por los preceptos indicados del proyecto de ley son los artículos 1°, incisos tercero y cuarto; 5°, inciso segundo; 6°, inciso segundo y 19, N°s 1°, incisos primero y segundo, 2°, 6°, inciso primero; 15°, inciso primero y 26° de la Carta Fundamental;

4°. Que, a diferencia de lo sostenido por la mayoría de este Tribunal, estos Ministros disidentes aprecian que el fundamento toral de las diversas impugnaciones contenidas en ambos requerimientos consiste en que, al regular el proyecto de ley cuestionado -por la

vía de un nuevo derecho de configuración legal (a una prestación de salud)- la interrupción del embarazo basado en la voluntad libre de la mujer se vulnera el derecho a la vida "del que" está por nacer asegurado en el artículo 19 N° 1° de la Constitución Política. Al proceder el legislador de esa manera transgrediría el deber que le impone esa misma norma constitucional de brindar protección al *nasciturus*;

II. CONSIDERACIONES PREVIAS DE ESTE VOTO.

5°. Que, coincidiendo con la mayoría en esta sentencia, no escapa a la consideración de estos Ministros que el asunto que se ha planteado al Tribunal Constitucional tiene múltiples connotaciones (éticas, culturales, sociales, médicas). Sin embargo, la decisión a la que se arribe debe estar fundada en estrictas consideraciones propias del Derecho de la Constitución (utilizando la expresión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica), no de la que nos gustaría leer sino que de la que está vigente. Es esta perspectiva la que resulta acorde a su naturaleza de un tribunal de derecho aún cuando deba resolver cuestiones arraigadas en convicciones diversas desde las perspectivas antes mencionadas.

Al mismo tiempo, interpretar la Constitución no es lo mismo que interpretar cualquier ley. Como dice Guastini, "*La existencia misma de una (amplia) bibliografía sobre la interpretación constitucional sugiere con toda evidencia que la interpretación de un texto constitucional es algo decididamente distinto de la interpretación de otros textos jurídicos (la ley, en particular): se supone que la interpretación de la Constitución demanda métodos especiales, diferentes de los que normalmente son utilizados en la interpretación de la ley.*" (Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la*

interpretación constitucional. Editorial Trotta, 2008, pp. 53-54)

De allí que teniendo presente la naturaleza misma de la Constitución cuya infracción se ha denunciado en estos autos, los razonamientos que se contienen en este voto se basarán, especialmente, en los siguientes principios de interpretación constitucional: a) supremacía constitucional; b) unidad de la Constitución; c) fuerza normativa directa de la Constitución; d) interpretación conforme con la Constitución; e) racionalidad y razonabilidad; y f) proporcionalidad o prohibición de exceso;

6°. Que, entrando derechamente al análisis del proyecto cuestionado, cabe tener presente que, en el traslado evacuado por S.E. la Presidenta de la República, se ha puesto énfasis en que "*el proyecto de ley impugnado fue extensamente debatido en el Congreso Nacional*" durante sus más de dos años de tramitación alcanzando un alto grado de acuerdo, al que se une una amplia aprobación ciudadana (fojas 330 y 331). Tal circunstancia obligaría a esta Magistratura a ser particularmente deferente con el legislador a través de la "presunción de constitucionalidad de la ley" (fojas 331).

El traslado evacuado por la Cámara de Diputados, a su turno, también se refiere a dicha deferencia y a la presunción de constitucionalidad en que se expresa argumentando, a mayor abundamiento, que "*el control de constitucionalidad no puede sustituir al control político y al control social del poder.*" (Fojas 324);

7°. Que, al respecto, estos Ministros disidentes dejan constancia de que el control de constitucionalidad abstracto que hoy ejercen, no desconoce ni la presunción de constitucionalidad de la ley ni la necesaria deferencia a la obra del legislador, principios largamente asentados en la jurisprudencia de este Tribunal. (Valenzuela Somarriva, Eugenio. *Criterios de*



interpretación constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional. En: Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 31, 2006, p. 35 y siguientes).

Por el contrario, el control activado como consecuencia de la presentación de dos requerimientos parlamentarios sobre el proyecto de ley que hoy nos ocupa, se inserta dentro del sistema de *checks and balances* o de frenos y contrapesos que es propio del Estado de Derecho (STC Rol N° 681, considerando 7°). Aún más, se trata de un control destinado a hacer eficaces los principios de supremacía constitucional y de vinculatoriedad directa de los preceptos de la Carta Fundamental respecto de todo órgano del Estado, incluyendo al legislador (artículo 6°, incisos primero y segundo, de la Constitución);

8°. Que el respeto a la supremacía constitucional que la Constitución exige a todos los órganos del Estado en el inciso primero del artículo 6° de la Carta Fundamental adquiere una especial relevancia cuando se encuentran comprometidos los derechos fundamentales. Como ha dicho Luigi Ferrajoli, *"la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera exigencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre sometida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con elegir los únicos significados válidos, o sea, **compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas.**"* (Énfasis

agregado). (Derechos y garantías. *La ley del más débil*. Editorial Trotta, 2010, p. 26).

Por lo anterior es que, siguiendo al mismo autor, "Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social." (Ibidem, p. 24).

Sobre la misma idea, "podemos afirmar que a partir de la configuración del Estado democrático de derecho o de la democracia constitucional, la regla de la mayoría dejó de ser una simple valoración numérica para convertirse en un principio dual de protección, como lo es el de la mayoría y minoría, en la medida en que tanto la actividad de los más, como la de los menos, se encuentra sometida al respeto y garantía de los derechos, valores y principios consagrados en la Constitución de cada Estado." (Amaya, Jorge Alejandro. *Control de constitucionalidad de la ley*. 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 85);

9°. Que, en consecuencia, las afirmaciones vertidas en este proceso por dos de los órganos colegisladores no se avienen con la vigencia de un auténtico Estado Democrático de Derecho donde el parecer de las mayorías queda subordinado al respeto irrestricto de los derechos fundamentales que no son creados, por cierto, por la Constitución, sino que simplemente reconocidos y asegurados por ella. Esta afirmación se sustenta en que los derechos fundamentales son el reconocimiento, en el ordenamiento jurídico positivo, de aquellas facultades inherentes al ser humano, desde que es tal.

Por lo mismo, en la sentencia Rol N° 740, este Tribunal afirmó que el significado del verbo "asegurar", contenido en el encabezado del artículo 19 constitucional importa: "a) que sólo puede asegurarse lo que existe previamente; b) que la condición de seguridad que el Constituyente desea brindar a los derechos que reconoce

importa hacer cesar cualquier transgresión o vulneración que, más allá de los propios límites previstos en la Carta, puedan experimentar tales derechos, como también impedir la amenaza o peligro inminente que pueda afectarlos; y c) que deben diseñarse e implementarse todos los mecanismos necesarios para brindar efectiva protección tanto a la titularidad de tales derechos cuanto a su ejercicio" (considerando 47°);

10°. Que no cabe duda, entonces, que nuestra Carta Fundamental ha abrazado una concepción garantista. Ello se ve reforzado por el deber que se impone a los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados tanto por la Constitución cuanto por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (artículo 5°, inciso segundo);

11°. Que, de esta forma, quienes suscriben este voto enfocarán el juzgamiento que se ha requerido del Tribunal Constitucional desde una perspectiva estricta de derechos fundamentales como son los que se reconocen a la vida y a la integridad física y psíquica de toda mujer, así como a la vida del más débil y vulnerable de los seres humanos: el que está por nacer.

La afirmación que precede cobra toda su relevancia si se conviene en que la única forma en que la decisión del legislador -materializada en el proyecto de ley que se examina- cobrará legitimidad democrática, consiste en que esté dotada de una fundamentación racional desde la perspectiva de los derechos fundamentales concernidos. Siguiendo a Luis Prieto Sanchís, "[...] los derechos fundamentales en el Estado constitucional se caracterizan por presentar una especial fuerza o resistencia jurídica frente al legislador y, en general, frente a los poderes públicos. Dicha resistencia se traduce básicamente en la exigencia de justificación de toda medida limitadora, exigencia que cercena la discrecionalidad política del

legislador y que añade **un elemento suplementario de legitimidad**: en materia de libertades, incluso la constitucionalidad o validez de una ley no reside sólo en el principio de competencia (...) sino que requiere también un respeto material o sustantivo al contenido de los derechos, respeto que a la postre **implica una exigencia de fundamentación racional de la decisión legislativa.**" (Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Editorial Palestra, Lima, 2007, pp. 75-76);

12°. Que, por las razones expresadas, este voto afirmará que el proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales carece de la debida fundamentación racional para justificar la vulneración del derecho a la vida del ser humano que está por nacer y, particularmente, la infracción del legislador a su deber constitucional de proteger tal derecho. De esta forma, resulta necesario referirse, en primer término a la concepción constitucional de la persona y a la titularidad del derecho a la vida en los términos asegurados por la Carta Fundamental.

III. LA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE PERSONA.

13°. Que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, señala, en su artículo 1° que: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros." Agrega, en el inciso primero de su artículo 2°, que: "Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición.";

14°. Que, al tenor, de la Declaración ya citada, cabe preguntarse quiénes son los titulares de los derechos fundamentales.

Entre nosotros, se ha señalado que esa titularidad se asocia a *"la definición de los sujetos de derecho habilitados para invocar, como títulos de defensa todos o algunos de los derechos libertades reconocidos en el elenco del art. 19 constitucional."* (Núñez, Manuel. *Titularidad y sujetos pasivos de derechos fundamentales*. En: *Revista de Derecho Público*, Vol. 63, Tomo I, 2001, p. 200);

15°. Que, a partir de dicho concepto, la doctrina ha radicado la titularidad de los derechos fundamentales en la "persona" en cuanto individuo de la especie humana.

Así, Carlos Nino, ha sostenido que ***"Siendo la propiedad de ser individuos humanos la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen un título igual a ellos (salvo que se sostuviera, como algunos partidarios de la esclavitud y del aborto han pensado, que la humanidad es una propiedad que puede presentarse en distintos grados)."*** (Énfasis agregado). (Citado por Nogueira Alcalá, Humberto. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo III. Editorial Librotecnia, Santiago, 2007, p. 47).

Humberto Nogueira argumenta, por su parte, que *"la titularidad de los derechos es independiente de la edad y de la capacidad jurídica de la persona, incluso el nasciturus es titular del derecho a la vida."* (Énfasis agregado). (Nogueira, Ob. Cit., p. 48).

Eduardo Aldunate agrega que *"los derechos fundamentales surgen en primera línea como derechos de todo individuo de la especie humana."*;

16°. Que lo anterior encuentra perfecta conexión con lo prescrito en el artículo 25 de nuestro Código Civil: *"Las palabras hombre, persona, niño, adulto y otras*

semejantes se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo (...)." Y también en el artículo 55 de ese mismo cuerpo legal que indica: "*Son personas **todos los individuos de la especie humana**, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición. Divídense en chilenos y extranjeros.*" (Énfasis agregado);

17°. Que, en esta misma línea, se ha pronunciado la jurisprudencia.

En su sentencia de 27 de julio de 1994, el Consejo Constitucional francés recordó que en el Preámbulo de la Constitución de 1946 -que forma parte integrante del bloque constitucional-, después de la victoria obtenida en la Revolución, el pueblo francés proclamó la novedad de que **todo ser humano**, sin distinción de raza, de religión ni de diferencia, posee unos derechos inalienables y sagrados proclamando, también, que la salvaguarda de **la dignidad de la persona humana** contra toda forma de avasallamiento y de degradación es un principio de valor constitucional. (Sentencia 94/343DC, cons. 2, p. 100). (Énfasis agregado).

El Supremo Tribunal Federal del Brasil, entretanto, ha sostenido que "[Cuando] el Magno Texto Federal se refiere a "derechos de la persona humana" y también a "derechos y garantías individuales" como cláusula pétrea está hablando de **derechos y garantías del individuo-persona que se ha hecho destinatario de los derechos fundamentales** a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, entre otros derechos igualmente distinguidos con el timbre de fundamentalidad (como el derecho a la salud y al planeamiento familiar)". (ADI 3.510, Rel.Min.Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário DJE de 28-5-2010). (Énfasis agregado);

18°. Que si, a la luz de los antecedentes doctrinales, legales y jurisprudenciales recordados, persona es todo individuo de la especie humana cabe precisar, para efectos de este pronunciamiento, cuál es

el alcance de la voz "persona" que se utiliza en el artículo 19 N° 1° de la Constitución en directa conexión con su artículo 1°, inciso primero, pues la Constitución debe interpretarse como una unidad lo que supone que *"ningún enunciado normativo de la Carta Fundamental puede analizarse e interpretarse exclusivamente a partir de sí mismo"*. (Nogueira Alcalá, Humberto. *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*. Editorial Librotecnia, Santiago, 2006, p. 114).

En este sentido, resulta necesario destacar el cambio en la redacción del artículo destinado a asegurar los derechos constitucionales desde la Carta de 1925 a la que hoy nos rige.

Como se sabe, el artículo 10 de la Constitución de 1925 tenía como encabezado la oración: *"La Constitución asegura a todos los habitantes de la República"*. El artículo 19 de la actual Carta señala: *"La Constitución asegura a todas las personas."*

En el documento Metas u Objetivos Fundamentales para la Nueva Constitución Política, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución afirmó que la normativa constitucional a desarrollar estaría fundada, entre otros aspectos, en *"la afirmación de que los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana y no nacen del reconocimiento que les brinde determinado Estado, siendo, por tanto, anteriores y superiores a todo ordenamiento jurídico."*

En la Sesión N° 156^a, del 7 de octubre de 1975, y a propuesta de la Subcomisión de Estudios sobre el Derecho de Propiedad, se discutió el cambio del enunciado del artículo 10 de la Carta de 1925 por el que actualmente registra el artículo 19 constitucional. En dicho debate, se dejó constancia que se trataba de superar el esfuerzo dialéctico que implicaba la expresión "habitantes de la



República", que además circunscribía su ámbito espacial. Así, José María Eyzaguirre llamó a "usar la palabra "personas", que es **el verdadero sujeto de derecho** y que tiene una connotación filosófica mucho más clara que el término "habitantes", por cuanto la persona es un ser que está dotado de mucho mayor trascendencia que el habitante."

A su turno, en el debate de la reforma constitucional de la Ley N° 19.611, que modificó los artículos 1°, inciso primero, y 19 N° 2° de la Carta para acoger expresamente la igualdad entre el hombre y la mujer, se explicó que el vocablo "persona", que se sugirió para la primera de esas normas "corresponde a un lenguaje técnico jurídico neutro (...) que es, precisamente, el que la Constitución utiliza en el mismo precepto como en el artículo 19, que tiene a las "personas" como **sujeto de los derechos que la misma norma consagra.**" (Intervención del Senador Hamilton. Historia de la Ley N° 19.611, p. 96)

De allí que, en la concepción que explica el encabezado del artículo 19 de la Constitución (y al que también alude el artículo 1°, inciso primero), "persona" es equivalente a "sujeto de derechos";

19°. Que, en esta misma línea argumental, debe recordarse que este Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el significado del enunciado contenido en el artículo 19 -"La Constitución asegura a todas las personas"- en la sentencia Rol N° 740, en el año 2007. Asimismo, y en ese mismo dictamen, se refirió a los alcances del derecho a la vida siguiendo el razonamiento ya efectuado previamente en su sentencia Rol N° 220;

20°. Que los pronunciamientos aludidos constituyen, sin duda, una fuente de referencia obligada para resolver el presente conflicto constitucional pues, aunque, en Chile, no existe el sistema de precedente obligatorio, no es menos cierto que, conforme a las reglas generales,



este Tribunal no puede apartarse de la doctrina fijada en anteriores fallos. Dicha afirmación solo cede si el mismo Tribunal entrega, en la nueva sentencia, argumentos para desvirtuar o superar lo ya razonado. En efecto, aun cuando el Tribunal Constitucional debe estar abierto a la adaptación de las normas constitucionales a las nuevas realidades sociales, *"la modificabilidad de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional tiene, sin embargo, el condicionante de su motivación; toda modificación debe quedar explicitada y razonada de tal forma que su capacidad de adaptación queda sujeta a un imperativo elemental de seguridad jurídica y a la garantía y lealtad a los principios consagrados en la Constitución."* (Énfasis agregado). (García Martínez, María Asunción. *El control de constitucionalidad de las leyes*. Jurista editores, Lima, 2005, p. 300).

Como se comprobará, la sentencia de la que se discrepa no entrega argumentos suficientes que permitan desvirtuar lo razonado y decidido en la sentencia Rol N° 740. Cabe recordar, con todo, que el conflicto decidido por ese pronunciamiento sólo invocaba la vulneración del derecho a la vida del que está por nacer como consecuencia de la distribución gratuita de un fármaco, al que se atribuían efectos abortivos, y sin relación con otros derechos fundamentales concernidos;

21°. Que el presente conflicto constitucional difiere del que se ha indicado, pues el proyecto de ley cuestionado presenta una aparente colisión entre derechos reconocidos a titulares distintos: la madre, por un lado, y la criatura que se encuentra en su vientre, por otro, que se resuelve por el legislador a favor de la primera;

22°. Que, S.E. la Presidenta de la República ha afirmado, al evacuar su traslado en estos autos, que *"debe considerarse que la Constitución distingue a las personas de los embriones o fetos"* reconociendo un estatuto distinto para ambos" (fojas 351) agregando que

"son las personas quienes detentan el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica y que el que está por nacer se encuentra en un estatuto distinto al de la personalidad. Ello, tanto por la expresa mención que se hace "del que está por nacer", no entendiéndolo subsumido a la categoría de persona, unido a que esa mención se hace en un inciso diferente dentro del numeral. Todo indica que se trata de un caso especial" (fojas 351 y 352).

Sin perjuicio de que en el capítulo que sigue abordaremos el estatuto constitucional de "el que" está por nacer, cabe señalar que la apreciación de la Jefa de Estado se afirma en cierta doctrina que distingue entre la persona como titular de derechos fundamentales y el titular de un mero "derecho de protección", pretendiendo ver una diferencia conceptual entre el inciso primero y el inciso segundo del artículo 19 de la Carta Fundamental, la que no tiene asidero en nuestro derecho constitucional.

Eduardo Aldunate es uno de los académicos que señala que el que está por nacer está excluido de la calidad de persona (en conformidad a la posición tradicional de nuestro Derecho Civil, y de acuerdo al momento del nacimiento fijado en el artículo 1º, inciso primero, de la Constitución). A su juicio, el que está por nacer es *"solo titular del derecho de protección previsto por esta disposición. Afirmar que un individuo tiene la calidad de persona desde el momento de la concepción es sustentable desde un punto de vista extra-jurídico, pero no parece encontrar fundamento en la estructura del art. 19."* (La titularidad de los derechos fundamentales. En: Estudios Constitucionales Año 1, N° 1, 2003, p. 191);

23º. Que la tesis sustentada por la Presidenta de la República en orden a que el que está por nacer -o *nasciturus*- carecería de la titularidad de derechos fundamentales por no estar comprendido en la concepción



constitucional de persona parece identificarse con la concepción legal de persona que se desprende del Código Civil. En ese contexto, y durante las audiencias públicas sostenidas durante la sustanciación del presente proceso constitucional se escucharon intervenciones que conducían a afirmar que la persona no comprende al ser concebido y no nacido de modo que éste no es titular de derechos (Camila Maturana por Corporación Humanas) comenzando a ser persona sólo al momento del nacimiento. Tal aseveración se fundó en lo dispuesto en el artículo 74 del Código Civil;

24°. Que el intento forzado de identificar la concepción constitucional con la concepción simplemente legal de la persona cae por su propio peso si se atiende, detenidamente, a la historia de la reforma constitucional de junio de 1999 (Ley N° 19.611) que consagró la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer reemplazando, en el inicio del artículo 1°, inciso primero, de la Carta Fundamental la expresión "Los hombres" por "Las personas" (nacieron libres e iguales en dignidad y derechos);

25°. Que, precisamente, en el debate sostenido durante el primer trámite constitucional de esa reforma, en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, se advirtió, entre otras observaciones y comentarios, que *"la fórmula propuesta, en cuanto mantiene el verbo "nacer" es imperfecta, porque podría sostenerse que después de nacidos los hombres y las mujeres dejarían de ser iguales."* (Historia de la Ley N° 19.611, p. 14).

Por su parte, durante la ratificación de esa reforma por el Congreso Pleno, el Presidente del Senado, senador Andrés Zaldívar, manifestó que *"el diccionario entrega la siguiente definición de "persona": "Individuo de la especie humana." Por tanto, **se es persona desde el momento de la concepción o gestación.** Y los derechos del individuo se encuentran amparados por las normas constitucionales. Además, de acuerdo con el párrafo*



segundo del N° 1° de la Carta, la ley también debe proteger la vida del que está por nacer." (Énfasis agregado). (Historia de la Ley N° 19.611, p. 246).

El senador Hernán Larraín manifestó, en idéntico sentido, que "han surgido algunas inquietudes respecto de la utilización del vocablo "personas" en conjunto con el verbo "nacer", lo que podría prestarse en el futuro a una errónea interpretación de la voluntad del constituyente. Así, alguien podría entender que, producto de esta nueva redacción, se estaría quitando el reconocimiento como "persona" al embrión humano antes de su nacimiento. Y si así fuere, quedaría despejado el camino para que los partidarios de interrumpir el embarazo o legalizar el aborto pudiesen asirse de esta redacción, como si el feto no fuere un ser humano."

Añadió que "en la propia Cámara Alta, ante una inquietud presentada por el Honorable señor Bombal destinada a esclarecer el sentido en que debía interpretarse esta nueva redacción, en mi calidad de Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado señalé que era del todo evidente que en la modificación introducida no había ninguna innovación respecto del sentido que la actual norma constitucional tiene en la materia, toda vez que el cambio buscaba consagrar la igualdad esencial entre hombres y mujeres, y no modificar la naturaleza del ser que se halla en el seno materno. Abona esta interpretación el artículo 19, número 1), inciso segundo, de la Carta Fundamental cuando dispone que "La ley protege la vida del que está por nacer", lo cual constituye un explícito reconocimiento de la existencia de un "ser vivo" en el seno materno, que la ley debe proteger." Finaliza indicando que **"el constituyente no ha pretendido, bajo ningún concepto, modificar, ignorar, reducir o suprimir el reconocimiento de la personalidad constitucional que nuestro ordenamiento confiere en forma**

inequívoca a hombres y mujeres desde el momento mismo de la concepción, esto es, desde el instante en que empieza la vida." (Énfasis agregado) (Historia de la Ley N° 19.611, p. 229);

26°. Que las diversas constancias consignadas en el trámite de ratificación de la reforma constitucional aludida -de las que sólo se han extraído algunas para efectos de la argumentación central de este voto- demuestran que el Constituyente Derivado entendió que la persona, como sujeto de derecho, no se inicia con el nacimiento sino que antes: con la concepción.

Difícilmente los detractores de la legitimidad de la Constitución vigente podrían refutar un argumento consolidado en plena vigencia de nuestra democracia, ante el Congreso Pleno, y a propósito de un objetivo tan acorde con la dignidad humana como es consagrar, en el texto de la Carta Fundamental, la igualdad entre el hombre y la mujer;

27°. Que lo expresado sólo viene a confirmar lo explicado durante las audiencias públicas desarrolladas en estos autos en el sentido de que la existencia "legal" de la persona, marcada por su nacimiento, a la que alude el artículo 74 del Código Civil, sólo se refiere a la consolidación de su capacidad patrimonial (intervención del profesor Hernán Corral por la Fundación Chile Siempre). Precisamente, el contenido preceptivo del artículo 77 del Código Civil indica que "*Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, **estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe.** Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 74, inciso 2°, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.*" (Énfasis agregado).

Por lo demás, y como indicó el profesor José Manuel Avilés, que intervino en representación de la Fundación Luis Claro Solar, no es posible interpretar la Constitución conforme a normas legales, como la Ley N° 20.584, que regula los Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, ni tampoco conforme a las opiniones que algunos miembros de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución manifestaron aisladamente al discutirse la regulación del derecho a la vida;

28°. Que, así, no se puede confundir o identificar la concepción constitucional de la persona, en cuanto titular de derechos fundamentales, con la concepción legal de la misma, en cuanto titular de derechos subjetivos, sobre todo, de carácter patrimonial.

Y es que los derechos fundamentales pueden coincidir, en algunos casos, con los derechos subjetivos, pero exigen algo más. Así, para tener el carácter de derechos fundamentales deben estar revestidos de propiedades formales y materiales de las cuales no participan todos los derechos subjetivos, sobre todo, porque fuera de estar recogidos en una fuente positiva (la Constitución o los tratados internacionales de derechos humanos), protegen facultades morales de la persona, su capacidad de discernimiento o la satisfacción de sus necesidades básicas (como la alimentación) y aseguran la igualdad en el ejercicio de las facultades derivadas del respectivo derecho fundamental (Bernal Pulido, Carlos. *El carácter fundamental de los derechos fundamentales*. En: Clérico, Laura; Sieckmann, Jan-R y Oliver-Lalana, Daniel. *Derechos fundamentales, principios y argumentación: Estudios sobre la Teoría Jurídica de Robert Alexy*. Granada, 2011).

IV. EL DERECHO A LA VIDA DEL QUE ESTÁ POR NACER.

29°. Que el artículo 19 N° 1°, incisos primero y segundo, cuya infracción ha sido denunciada en estos autos, a propósito del Proyecto de Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, señala que: *"La Constitución asegura a todas las personas: "1°. El derecho a la vida y a la integridad física y síquica de la persona. La ley protege la vida el que está por nacer.";*

30°. Que el requerimiento de una cuarta parte de los diputados se pregunta: *"¿Cuál es la razón, entonces, por la cual se ha estimado por algunos autores que el artículo N° 1 asegura la vida de las personas nacidas en su inciso 1°, con el peso de la Constitución, y sólo protegería legalmente al que "está por nacer" en su inciso 2°? Es decir, se trataría de una protección diferenciada y de distinto rango?"* (Fojas 50).

La respuesta a esa interrogante es clara: no existe diferencia sostenible entre los incisos primero y segundo del mencionado artículo 19 N° 1°, pues ambos dicen relación con el derecho a la vida (y a la integridad física y psíquica) de las "personas";

31°. Que ya se ha demostrado que nuestra Constitución asegura los derechos fundamentales a "todas las personas", concepto que, después de la reforma constitucional de 1999 (Ley N° 19.611), comprende, inequívocamente, a todo individuo de la especie humana, incluido "el que está por nacer". Muestra de aquello es la intervención del senador Hernán Larraín quien, durante el segundo trámite constitucional de dicha reforma, expresó que el cambio de la expresión de "los hombres y las mujeres" por "las personas", en el inciso primero del artículo 1° de la Carta Fundamental, *"no altera la búsqueda de igualdad como objetivo central de la iniciativa y no cambia la noción sobre el término "persona" que, dentro de la tradición jurídica, ha incluido como sujeto de derecho al que está por nacer."*

(Historia de la ley N° 19.611, p. 154) (Énfasis agregado).

A mayor abundamiento, el senador José Antonio Viera-Gallo coincidió con la proposición planteada en el sentido de utilizar la palabra "personas" en el artículo 1° y de incorporar las menciones diferenciadoras de "hombre" y "mujer" en el artículo 19. Al respecto puso de relieve que *"el constituyente utiliza estos mismos términos, en las mencionadas disposiciones y en otras, así como otras expresiones concordantes, por ejemplo, "nadie", "el que", "toda persona", "todo individuo", "todo habitante", "cualquiera", "toda persona natural o jurídica"*". (Historia de la ley N° 19.611, p. 97);

32°. Que, en consecuencia, el hecho de que el inciso segundo del artículo 19 N° 1° constitucional disponga que *"La ley protege la vida del que está por nacer"* no importa una diferencia significativa con el inciso primero de esa misma norma que asegura a "todas las personas" el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. Expresado en otros términos, ese especial mandato o habilitación conferida al legislador no altera la titularidad del derecho fundamental a la vida y a la integridad física y psíquica que se asegura a "toda persona", incluyendo al que está por nacer. Por el contrario, **se trata de una especificación de la protección constitucional de la vida** que adquiere una especial dimensión de protección cuando el titular del derecho es especialmente vulnerable porque está en plena etapa de desarrollo y porque aún no puede manifestar su voluntad;

33°. Que, en el mismo sentido que se viene expresando, la Constitución asegura a "todas las personas" el derecho a defensa jurídica como parte de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (artículo 19 N° 3°, inciso primero, de la Constitución Política). Precisa la Ley Suprema que "la

ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a **quienes** no puedan procurárselos por sí mismos" (artículo 19 N° 3°, inciso tercero, de la Constitución Política).

Por su parte, el artículo 20 constitucional reconoce como legitimado activo del recurso de protección de las garantías constitucionales a "**el que**" por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías que esa norma indica.

Nadie podría afirmar, con seriedad, que cada una de esas normas constitucionales no aluden a titulares de derechos fundamentales porque no repiten el enunciado del artículo 19: "**[T]odas las personas**". Contrariamente a lo sostenido por el abogado Alfredo Etcheverry, en estrados, quien afirmó que la expresión "el que está por nacer", insertada después del epígrafe "la Constitución asegura a todas las personas...", "debería haber dicho que la ley protege la vida **de LA que está por nacer** (esto es, el sustantivo elidido (sic) o subentendido "persona"), giro que se justifica en cambio en el C. Civil donde expresamente no se le considera todavía legalmente persona". (Minuta de alegato, pp. 5 y 6). En este punto también discrepamos con la mayoría de esta Magistratura;

34°. Que si bien bastaría con mencionar las constancias contenidas en la tramitación de la reforma constitucional del año 1999 para descartar toda insinuación de que el derecho a la vida no se le asegura al que está por nacer, en cuanto titular de derechos fundamentales, cabe recordar que la jurisprudencia previa de esta Magistratura, contenida en la sentencia Rol N° 740, llegó a la misma conclusión.

En efecto, en esa sentencia se sostuvo que "queda claro que, para el Constituyente -y a diferencia del examen que pueda desprenderse de normas legales

determinadas- el embrión o el nasciturus es persona desde el momento de la concepción" (considerando 54°).

La jurisprudencia recordada se aviene con aquella emanada de la Corte Europea de Derechos Humanos que jamás ha cerrado la puerta para que el no nacido sea considerado persona para efectos de la protección del artículo 2 de la Convención Europea, y en cambio ha mantenido **un amplio margen de apreciación** para que cada Estado tome su propia posición sobre el inicio de la vida humana y la consiguiente personalidad. Muestra de ello son las sentencias *Vo vs. France*, de 2004 y *A, B y C vs. Irlanda*, de 2010, en las que la Corte ha descartado la existencia de un consenso europeo en torno a un supuesto derecho al aborto (referidas en el Informe en Derecho del profesor Francisco Orrego Vicuña, acompañado a estos autos, p. 10).

Puede observarse, entonces, que la tesis de la famosa sentencia *Roe vs. Wade*, de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, de 1973, -citada en el voto de mayoría- según la cual la controversia sobre cuando comienza la vida es una que no ha alcanzado una respuesta definitiva por la filosofía, la teología o la ciencia, por lo que el tribunal no podía especular al respecto, ha sido derechamente superada en nuestros días;

35°. Que, sobre la base de lo expresado y siendo irrefutable afirmar que, en nuestra Constitución, el ser humano es titular de derechos fundamentales desde el momento mismo que es concebido, es necesario preguntarse: ¿Cuál es la naturaleza del mandato que se confiere al legislador en el inciso segundo del artículo 19 N° 1 constitucional?

Lo anterior resulta determinante de precisar en este conflicto, pues la acción deducida por una cuarta parte de los senadores sostiene que "la base de este requerimiento radica en solicitar la declaración de inconstitucionalidad del Artículo 1° N° 1° inciso 1° del

proyecto de ley, en cuanto admite tres causales de aborto directo o provocado -denominado interrupción voluntaria del embarazo- que pugnan con el deber que la Constitución ha impuesto a la ley en su artículo 19 N° 1° inciso 2°, en orden a proteger siempre la vida del que está por nacer, en relación con lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental y, también, por cuanto vulnera lo establecido en el artículo 19 N° 2° de la Constitución.” (Fojas 9);

36°. Que, como se ha recordado, para S.E. la Presidenta de la República, lo que consagraría el inciso segundo del artículo 19 N° 1° de la Constitución sería simplemente el “deber de protección” de la vida del que está por nacer, que no es lo mismo que afirmar la titularidad del derecho fundamental a la vida a su respecto. Sobre este punto, y en las audiencias públicas, fue frecuente escuchar que esta interpretación se apoyaría, entre otros precedentes, en lo fallado por el Tribunal Constitucional federal alemán, en sus sentencias de los años 1975 y 1993 (intervenciones de los profesores Cristián Riego, por ANAMURI A.G. y APROFA y Verónica Undurraga, por la Asociación por los Derechos de la Diversidad Rompiendo el Silencio y Asociación Gremial de Mujeres Abogadas, así como de Nicolás Godoy por Fundación Alameda). Específicamente, se aludió a que, en su sentencia del año 1975, dicho Tribunal sentenció que no hacía falta resolver la cuestión -controvertida tanto en la jurisprudencia como en la literatura científica- de determinar si el *nasciturus* como tal es portador de derechos fundamentales o si, por falta de capacidad jurídica su derecho a la vida resulta protegido “únicamente” por las normas constitucionales objetivas (capítulo I, 3 de la sentencia de la Primera Sala, de 25 de febrero de 1975).

Sobre el particular, debe tenerse presente que la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, no tiene una regulación



idéntica en materia de derecho a la vida a la que tiene nuestra Constitución Política. En efecto, su artículo 2.(2) expresa que: *"Toda persona tiene el derecho a la vida y la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley."*

De la comparación entre este texto y el de nuestro artículo 19 N° 1°, inciso segundo, constitucional, se aprecia que no existe identidad. En efecto, la Constitución alemana no contiene un encargo o habilitación específica al legislador como la que se contempla en el inciso segundo del artículo 19 N° 1°: *"La ley protege la vida del que está por nacer"*.

37°. Que, además, la sentencia de 28 de mayo de 1993, de ese mismo Tribunal, afirmó que: *"En la presente resolución, no hace falta decidir si la vida humana comienza ya con la fusión del óvulo y el espermatozoide, como lo sugieren los conocimientos aportados por la antropología médica"* (Capítulo I, N° 1, a)) para luego desarrollar, en extenso, el deber de protección de la vida del que está por nacer.

En este punto, también no podemos asimilarnos al precedente alemán, pues en la sentencia Rol N° 740 se sostuvo que *"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 como 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 podrá simplemente ser subsumido en otra entidad, ni menos manipulado, sin afectar la dignidad sustancial a la que ya goza en cuanto persona"* (considerando 50°).

Luego, este Tribunal ha planteado una posición frente al inicio de la vida y, por ende, sobre la titularidad del derecho respectivo que no ha sido desvirtuada en el presente proceso constitucional. Las afirmaciones del Dr. Juan Larraín, en representación de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en cuanto a que con la fecundación se produce un nuevo genoma que da inicio, además, a la formación del sistema nervioso de un nuevo individuo de la especie humana revelando, también, muestras de organización a los dos días posteriores a la fecundación, fueron categóricas en el sentido de confirmar lo que este sentenciador ya había consignado en su sentencia Rol N° 740. Con ello quedó demostrado que el momento del inicio de la vida tiene bases científico-médicas y que no puede quedar entregado a definiciones convencionales de carácter cultural o de otro orden al margen de la ciencia;

38°. Que, aclarado que el encargo que el Constituyente confía al legislador en el artículo 19 N° 1°, inciso segundo, de la Constitución no consiste en un mero "deber de protección" desvinculado de la titularidad sobre el derecho a la vida del que está por nacer en cuanto persona o sujeto de derecho, corresponde analizar la naturaleza de dicho encargo;

39°. Que, para esos efectos, debe acudirse, inevitablemente, al Constituyente Originario, en una de cuyas etapas -la de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución- se expresó que *"si se va a consagrar el derecho a la vida, debe consagrarse, también, el derecho a la vida del que está por nacer, pero dejando abierta la posibilidad para que el legislador el día de mañana, según lo requieran las condiciones sociales, pueda, en determinadas circunstancias, proceder con cierta flexibilidad"* (Intervención del comisionado Jaime Guzmán en Sesión N° 84, de 4 de noviembre de 1974, p. 44). Lo anterior, se debió a las diversas aprehensiones que otros

comisionados, como Enrique Ortúzar y Jorge Ovalle, manifestaran en torno a dejar abierta la posibilidad de que el legislador pudiera permitir el aborto en ciertos casos;

40°. Que, en consecuencia, no puede desconocerse que el Constituyente efectuó un encargo o habilitación al legislador, de carácter positivo y no negativo, de "proteger" la vida del que está por nacer en cuanto titular de ese derecho. Tampoco puede desconocerse el hecho de que la propia Constitución no detalló la forma de cumplir ese encargo dejando el campo abierto a la discrecionalidad legislativa. Ello lleva a preguntarse si el legislador está afecto a algún tipo de límite al momento de cumplir ese encargo o si, por el contrario, la Constitución no lo constriñe de forma alguna;

41°. Que la respuesta a la interrogante anterior es necesariamente positiva. En efecto, el encargo formulado al legislador, en el inciso segundo del artículo 19 N° 1°, está afecto a importantes limitaciones:

a) La primera deriva de la propia naturaleza del verbo utilizado en esa disposición constitucional: "proteger". Como señaló el ex Presidente de este Tribunal, Raúl Bertelsen, en las audiencias públicas celebradas en el curso de este proceso, *"proteger no es simplemente respetar, que es una actividad pasiva que no daña, sino exige algo más, y en ocasiones, mucho más. Obliga a amparar, a defender, sobre todo a los débiles, frente a quienes los atacan e incluso atentan contra su vida."*

En rigor, el Constituyente podría haber omitido el encargo que se comenta, y éste habría existido igual, pues el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, reformado en agosto de 1989, impone a los órganos del Estado (incluyendo al legislador) el deber de "respetar" y "promover" los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (como el derecho a la vida) consagrados



por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. El deber de "respetar" coincide con lo prescrito en el artículo 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, pues supone no obstaculizar el libre y pleno ejercicio de **los derechos reconocidos a toda persona que es todo ser humano**. El deber de "promover", por su parte, coincide con el artículo 2° de la misma Convención, en cuanto implica adoptar todas las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos removiendo todo obstáculo que impida su libre ejercicio.

Luego, "proteger" la vida del que está por nacer, en los términos en que este deber ha sido constitucionalizado tiene una estrecha relación con el deber de "promover" su derecho. En efecto, brindar protección conlleva la necesidad de que el legislador adopte todas las providencias necesarias para amparar la vida del *nasciturus* en su indefensión, lo que excluye el darle muerte, pues nadie razonablemente puede entender que proteger significa matar al protegido (intervención del Profesor Raúl Bertelsen ya mencionada).

b) La segunda limitación deriva de lo preceptuado en el artículo 19 N° 26° de la Carta Fundamental que garantiza a todas las personas: *"La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que **las limiten en los casos en que ella lo autoriza**, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio."* (Énfasis agregado).

De esta manera, el ejercicio de la reserva legal en lo que se refiere a la protección de la vida del que está por nacer no puede privar al derecho de aquello que le es consustancial de manera que deje de ser reconocible como tampoco puede someterlo a exigencias que lo hagan

irrealizable, lo entraben más allá de lo razonable o lo priven de tutela jurídica (STC roles N°s 43 y 200).

Se trata, en otros términos, de no afectar el núcleo del derecho respectivo que se transforma en indisponible para el legislador. Ese núcleo deriva de la propia naturaleza del derecho a la vida que impide que se atente contra ella, salvo en aquellos casos en que la misma Constitución lo autoriza como ocurre, entre nosotros, con la pena de muerte (limitada hoy sólo al ámbito de la justicia militar).

Así, en el cumplimiento de su encargo, al legislador no le está permitido un desarrollo normativo que importe la supresión completa y definitiva del derecho.

Por otra parte, los términos en que está diseñada la referida habilitación legislativa en el artículo 19 N° 1, tampoco permiten restricciones al derecho a la vida del que está por nacer, como sucede, por ejemplo, con el derecho de propiedad en base a su función social;

42°. Que, de todo lo expresado, se colige que, en ningún caso, el cumplimiento del mandato conferido al legislador en el inciso segundo del artículo 19 de la Ley Suprema suponga un *"amplio margen de discrecionalidad"* (fojas 356 del escrito de traslado de S.E. la Presidenta de la República);

**V. EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO A LA VIDA DEL QUE ESTÁ
POR NACER Y EL DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA
Y PSÍQUICA DE LA MUJER A LA LUZ DEL PROYECTO DE LEY DE
DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL
EMBARAZO
EN TRES CAUSALES.**

43°. Que, al responder el traslado conferido en estos autos, S. E. la Presidenta de la República ha sostenido que *"el proyecto de ley cuestionado no viola la Constitución, sino que muy por el contrario. El proyecto*

viene a dar protección y resguardo a derechos constitucionales al considerar a la mujer como sujeto de derechos y tener en cuenta su dignidad. En efecto, el proyecto considerara (sic) la calidad de personas y sujeto de derechos de las mujeres, y da especial atención a la protección de su derecho a la vida, a la igualdad, a la salud y a su privacidad y libertad de conciencia." (Fojas 380).

Pero, más adelante, afirma que el legislador ponderó los diferentes valores (no habla de derechos) en conflicto (fojas 19) **prefiriendo la protección de derechos fundamentales de la mujer** (fojas 20), que incluso puede ser sometida a una forma de tortura, (fojas 57) por sobre las medidas de un **objeto de protección** como es el no nacido (fojas 29 y 52). En efecto, el mismo traslado aludido precisa que "el estatuto constitucional del embrión consiste en la asistencia de un deber de protección, no un derecho a la vida como el que asiste a las personas." (Fojas 379);

44°. Que, a diferencia de lo sostenido por el Ejecutivo y en forma congruente con lo que se ha venido argumentando, estos Ministros disidentes consideran que el proyecto de ley que se impugna aún en el caso de envolver un conflicto de derechos fundamentales, se expresaría en el hecho de que privilegia los derechos de la mujer ya aludidos frente al derecho a la vida del *nasciturus*. De allí que los requirentes afirmen que el proyecto de ley no pondera sino que efectúa una jerarquización de derechos (fojas 51 del Rol 3729 y 17 del Rol 3751).

En consecuencia, en la regulación contenida en el proyecto están involucradas "dos vidas": La de la mujer y la del que está por nacer, lo que conlleva una necesidad de armonización, pues ninguno de los dos derechos podría resultar anulado al punto que dejara de existir para su titular;

45°. Que, aún cuando la Constitución alemana difiere de la nuestra, el Tribunal Constitucional Federal ha sentado un criterio digno de considerar en el evento que exista una pugna entre los derechos del nasciturus y los de la madre que lo lleva en su vientre. Así, ha expresado que: *"Es imposible encontrar un equilibrio que proteja la vida del nasciturus y al mismo tiempo otorgue a la mujer embarazada la libertad de interrumpir el embarazo, ya que **la interrupción del embarazo constituye siempre la destrucción de la vida del no nacido.** Por tanto, en la ponderación que debe realizarse deben considerarse ambos valores en su relación con la dignidad humana, la cual constituye el punto central del sistema de valores de la Constitución."* (Sentencia de la Primera Sala, de 25 de febrero de 1975, Capítulo II, 2).

De allí que si el derecho a la vida del que está por nacer entra en conflicto con otros derechos fundamentales, la forma o método de resolver tal conflicto supone, necesariamente, una ponderación de los derechos en pugna teniendo presentes los criterios de necesidad (que el sacrificio que experimenta uno de los derechos se funde en fines lícitos); idoneidad (que el referido sacrificio constituya un medio idóneo o apto para alcanzar el fin perseguido), y proporcionalidad en sentido estricto (que el sacrificio del derecho de que se trata resulte objetivamente armonioso y tolerable para quien lo experimenta) (STC roles N°s 1046, 1061 y 2922, entre otras). Conforme a estos estándares se efectuará el análisis de las tres causales de interrupción voluntaria del embarazo en los considerandos que siguen

VI. ANÁLISIS DE LAS TRES CAUSALES DE INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO QUE AUTORIZA EL PROYECTO DE LEY CUESTIONADO.

46°. Que, en su escrito de evacúa traslado, S.E. la Presidenta de la República ha sostenido que "este

proyecto de ley no liberaliza el aborto, sino que más bien levanta de forma restringida una prohibición que hoy es absoluta" (fs. 334). La primera afirmación es de mérito, pero la segunda importa una apreciación jurídica de la que habrá que hacerse cargo en este voto.

Desde luego, es necesario recordar que las causales de interrupción voluntaria del embarazo que el proyecto de ley introduce al artículo 119 del Código Sanitario son las que se indican:

- 1) Cuando la mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.
- 2) Cuando el embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal;
- 3) Cuando el embarazo sea resultado de una violación, siempre que no hayan trascurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan trascurrido más de catorce semanas de gestación;

47°. Que, indudablemente, el establecimiento de estas tres causales de interrupción voluntaria del embarazo afecta la protección constitucional del derecho a la vida de la persona que está por nacer y el deber que se le impone al legislador de proteger esa vida, tal y como se desprende del artículo 19 N° 1°, incisos primero y segundo, de la Constitución Política.

De allí que el requerimiento de una cuarta parte de los senadores se estructura sobre la base de sostener que esta técnica legislativa -de autorizar la realización del aborto directo o provocado en tres causales- *"obliga a los servicios de salud a realizar la prestación requerida o derivar a otro que lo haga; fuerza al médico cirujano a*

ejecutar el aborto directo, en caso de urgencia, fundado en la causal de riesgo vital, o ante la proximidad del vencimiento del plazo, en la tercera causal; impone al padre y otros familiares del no nacido la imposibilidad de oponerse a esa decisión; y, por fin, provoca ineludiblemente la muerte del inocente no nacido." (fs. 16).

Que por su parte, los diputados requirentes sostienen que *"en vez de protegerse la vida e integridad del que está por nacer, se abren posibilidades de abortarlo; en lugar de establecerse un régimen de protección de su vida por la ley, ésta permite y transforma en prestación su disponibilidad y, finalmente, extiende su interpretación no sólo a los casos "despenalizados", sino que presenta una visión global del estatuto del embrión claramente reducida a un "interés parcialmente protegido", apartándose de la posibilidad de considerar derechos a su respecto." (Fs. 58).*

48°. Que la Presidenta de la República ha señalado, en su traslado, que *"nuestra actual legislación impide a las mujeres en estas causales de poder tomar una decisión de su embarazo, a través de la prohibición absoluta del aborto que, como señalamos, se contempla en el artículo 119 del Código Sanitario y los delitos contemplados en los artículos 342 a 345 del Código Penal." (Fs. 334);*

49°. Que la afirmación previa requiere precisión.

Y es que el deber que asiste al legislador de impedir que la persona que está por nacer sea víctima de un atentado en su contra, atendido su estado de inocencia, fragilidad e indefensión, fuerza a catalogar como punibles todas las conductas encaminadas a causarle directamente la muerte, tal como lo viene haciendo el Código Penal desde 1874, sin solución de continuidad y sin duda alguna acerca de su plena constitucionalidad.

Erradamente, se ha sostenido que el Código Sanitario habría permitido el aborto a partir del año 1931 mediante

la dictación del Decreto con Fuerza de Ley N° 226, del ex Ministerio de Bienestar Social. En realidad, lo que su artículo 226 dispuso fue que *"Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo"* con la opinión documentada de tres facultativos, y ubicando esta disposición en el título II, "Del Ejercicio de la Medicina y Profesiones similares". *"Ello, con el exclusivo propósito de evitar las prácticas abortivas efectuadas por comadronas o parteras mediante fórmulas basadas en la anticoncepción popular y la farmacología folclórica."* (Castro Arcos, Javier, "Guerra en el vientre: control de natalidad, malthusianismo y Guerra Fría en Chile", 2017, Centro de Estudios Bicentenario, páginas 50-51);

El Código Sanitario, contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 725, de 1967, modificó el anterior cuerpo legal, de 1931, manteniendo el criterio de permitir la interrupción del embarazo únicamente con fines terapéuticos reduciendo, en su artículo 119, el número de facultativos que podrían autorizarlo de tres a dos.

Puede observarse, entonces, que ninguno de estos cuerpos legales tuvo por objetivo despenalizar el aborto como puede comprobarse al examinar las respectivas leyes delegatorias N°s 4.945 y 16.585. Al mismo tiempo, los Jefes de Estado que suscribieron dichos decretos con fuerza de ley, jamás lo dispusieron expresamente en ninguno de esos textos. Refuerza este aserto el rechazo que tuvo la moción modificatoria del artículo 119 del Código Sanitario, propiciada por el diputado Héctor Campos, en orden a autorizar la interrupción del embarazo "con fines terapéuticos, económicos-sociales y éticos", presentada en la Cámara de Diputados, en su Legislatura Extraordinaria, del miércoles 15 de octubre de 1969, sesión 1ª (Castro Arcos, ob. Cit. página 408);

Como la nueva norma del año 1968 se prestó para resquicios o abusos incrementando el número de abortos, la Ley N° 18.826 de 1989, sustituyó el citado artículo 119 con el objetivo de restablecer su idea original: "no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto".

En el Informe Técnico evacuado por la Primera Comisión Legislativa durante el trámite de esa moción, se lee que la disposición según la cual "sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo" "es inconstitucional y debe ser reemplazada toda vez que no protege en absoluto, la vida del que está por nacer y, en definitiva, autoriza su muerte". Tuvo especialmente presente que la definición de "aborto terapéutico" no resultaba unívoca dejando expresa constancia, de que "distinto es el caso de la muerte no deseada del ser en gestación, causada indirectamente por una acción médica desarrollada en la gestante enferma y que, indirecta e involuntariamente, **produce un doble efecto.**" (Historia de la Ley N° 18.826, pp. 8 y 9) (Énfasis agregado);

50°. Que, en consecuencia, la prohibición de interrumpir el embarazo o de practicar un aborto derivada del deber que la Constitución confía al legislador en el inciso segundo del artículo 19 N° 1° constitucional, se aviene absolutamente con la historia del desenvolvimiento de la normativa pertinente del Código Sanitario.

Además, de la historia reseñada se colige que no ha existido prohibición absoluta de practicar abortos en Chile, pues se ha estimado compatible con la Carta Fundamental aquel que tiene por objeto salvar la vida de la madre que se encuentra en peligro inminente poniendo término a la vida del ser humano que está por nacer, pero sin que exista la intención deliberada de causar su muerte. Se basa esta modalidad de aborto en el denominado "efecto no deseado", que no supone el propósito manifiesto de poner término a la vida del embrión, lo

que, por lo demás, sería incompatible con la praxis médica que obliga a los facultativos a desplegar todos los esfuerzos posibles para salvar vidas y no para acabar con ellas.

Cabe recordar que el Código de Ética del Colegio Médico de Chile A.G. dispone que *"El respeto de la vida humana desde su inicio y hasta su término constituye el fundamento del ejercicio profesional médico. Toda intervención médica realizada durante los nueve meses de gestación, deberá siempre velar por el mejor interés de la madre y del hijo."* (Art. 8). Agrega que *"El médico no podrá realizar acciones cuyo objetivo directo sea poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna."* (Art. 9).

Por lo demás, esta praxis médica no es extraña a la regulación del ordenamiento jurídico chileno. Es así como la Ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas con su atención en salud, prevé que aun cuando una persona ejerza su derecho a negarse a la práctica de cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, tal rechazo *"no podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio."* (Art. 14). Por lo tanto, en esta situación, el médico respectivo tiene el imperativo legal de ser consecuente con la práctica de no favorecer la muerte si puede privilegiarse la continuación de la vida. El carácter imperativo de la praxis médica que se deriva de la norma reseñada, tiene su correlato en el procedimiento que el artículo 38 de la Ley N° 20.584 regula para controlar el cumplimiento de esta ley por los prestadores de salud públicos y privados, recomendando la adopción de medidas necesarias para corregir las irregularidades que se detecten;

51°. Que, así, el texto del actual artículo 119 del Código Sanitario se refiere a la prohibición de ejecutar acciones cuyo fin sea "provocar un aborto". De esta forma, la práctica de abortos terapéuticos, de la manera como se ha explicado, no infringe la referida prohibición ni menos contraviene el deber que el artículo 19 N° 1°, inciso segundo, de la Constitución, impone al legislador de proteger la vida del que está por nacer.

La afirmación que precede se complementa con el examen de los artículos 342 a 345 del Código Penal, los cuales exigen, de forma genérica, que el aborto se cause en forma "maliciosa", tal como se lee en la primera de esas disposiciones;

52°. Que aclarado lo anterior, es necesario entrar al análisis específico de cada una de las causales de interrupción voluntaria del embarazo que se incorporan al artículo 119 del Código Sanitario por el proyecto de ley cuestionado. Para estos efectos, este voto tendrá particularmente en cuenta los criterios de interpretación constitucional que fueron recordados en el considerando 5°.

1) Primera causal: Riesgo vital de la mujer de modo que la interrupción del embarazo evita un peligro para su vida.

53°. Que esta primera causal de interrupción del embarazo se estructura sobre la base de que "*las mujeres, adolescentes y niñas embarazadas, puedan decidir interrumpir su embarazo, siempre y cuando esta interrupción evite un peligro para su vida*" constituyendo además, dicha interrupción "*el único tratamiento posible para salvar la vida de la mujer.*" (Traslado de S.E. la Presidenta de la República, fs. 335 y 336).

54°. Que los senadores requirentes aducen que esta primera causal no se refiere a la positivización de la

praxis médica sino que, por el contrario, la iniciativa crea "una prestación de salud que debe ser otorgada compulsivamente de modo que, mediando la voluntad de la madre cuando ésta se encuentra en riesgo vital, el médico queda autorizado para poner término, directa y deliberadamente, a la vida del que está por nacer, sin que se requiera que esto sea consecuencia ineludible e inevitable del tratamiento, no intentado como fin ni como medio." (fs. 17 y 18).

Los diputados requirentes, entre tanto, afirman que la primera causal tiende a confundirse con una práctica hoy aceptada para la cual no se requiere habilitación legal adicional. Se trata de la "interrupción del embarazo" carente de la malicia del aborto y justificada por la *lex artis* y por el cumplimiento del deber médico. En cambio, "la redacción de las disposiciones del proyecto [...], sólo considera la vida e intereses de la madre (se trata que la interrupción del embarazo "evite un peligro para **su** vida"), el peligro de la vida del hijo no es considerado ni es relevante, luego el médico no tiene porqué sopesar oportunidades ni procurar evitar salvar a ambos, puede directamente considerar que sólo tiene un paciente; además de ello, dado que la "interrupción" puede hacerse en cualquier tiempo, no hay ninguna necesidad de esperar la viabilidad fetal, aunque ello sea factible y la razón es, una vez más, que ésta no es considerada en el análisis del médico." (fs. 60).

55°. Que si se atiende a la **necesidad** de la medida de despenalizar la interrupción del embarazo en la causal que se examina, el fundamento contenido en el Mensaje Presidencial, y profundizado en el traslado evacuado por el Ejecutivo en esta causa, parece atendible si se analiza a la luz de la insostenibilidad o inexigibilidad para la mujer de continuar su embarazo cuando su propia vida está en riesgo, tal como discurrió la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1993. En efecto, esa

decisión señaló que *"una situación de excepción, la cual permite desde el punto de vista constitucional suspender la obligación de gestar y dar a luz al niño, sólo puede presentarse en casos de un peligro serio para la vida de la mujer o de un perjuicio grave para su salud [...]. El criterio para su reconocimiento, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional federal es el de la insostenibilidad."* (cf. BVerfGE 39, 1 [48 ss.]).

En todo caso, ya ha quedado demostrado precedentemente, que esta situación que importa un peligro objetivo para la vida de la mujer, encuentra solución en el ordenamiento jurídico chileno actual debiendo destacarse que el aborto terapéutico que se practique no consiste en la interrupción del embarazo basado en la sola voluntad de la mujer y que el intento de salvar su vida, en ningún caso, puede involucrar la intención deliberada de poner término a la vida de su hijo, sino que solamente pasa a ser un efecto no deseado por los procedimientos médicos que se utilicen;

56°. Que, en todo caso, en las audiencias públicas convocadas por este Tribunal se explicó que el riesgo vital a que alude la primera causal consignada en el proyecto de ley analizado no tiene, en Chile, la entidad que éste pretende atribuirle. Así, el doctor Enrique Oyarzún, especialista en medicina materno-fetal, expresó que estudios realizados en el año 2014 demostraron que sólo se habían producido 56 muertes maternas relacionadas con el embarazo, de las cuales 22 ocurrieron con posterioridad al parto. Señaló también que los factores de riesgo que ameritan la interrupción del embarazo en nuestro país dicen relación con embarazos ectópicos, hipertensión arterial, cánceres del primer trimestre del embarazo, mola parcial y enfermedades maternas como insuficiencia cardíaca o renal, las que son posibles de tratar bajo la modalidad del aborto terapéutico, no intencional.

El doctor Jorge Becker expuso, por otro lado, que todos los indicadores de riesgo obstétrico han mejorado significativamente en Chile después del año 1989 en cuanto a la mortalidad materna. Y lo anterior sin descuidar el hecho de que el feto es considerado como un "paciente" digno de cuidado. Prueba de ello son las crecientes inversiones realizadas en tecnologías de alto costo para intervenciones intrauterinas;

57°. Que las exposiciones recordadas, y que no fueron rebatidas por otros especialistas, demuestran que, en Chile, el riesgo vital para una mujer producto de un embarazo es, afortunadamente, una situación excepcional. Sin perjuicio de lo que fuera señalado en las audiencias públicas, los datos que registra la Organización Mundial de la Salud sobre Mortalidad Materna reflejan que, sobre 100.000 nacidos vivos, la tasa de muertes maternas ha disminuido desde 57 en el año 1990 a 27 en el año 2015 (apps.who.int/gho/data/view.main1390?lang=en).

La Guía Perinatal, del año 2015, del Ministerio de Salud indica, entretanto, que al año 2012, la primera causa de mortalidad materna ocurría por muertes obstétricas indirectas (pág. 21), esto es, debidas a enfermedades preexistentes o desarrolladas durante el embarazo y que no se deben a causas obstétricas directas, las que se agravan por los efectos fisiológicos del embarazo.

De lo anterior se desprende que el proyecto de ley sobre despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, en lo que respecta a la primera causal, pretende regular una situación realmente excepcional en nuestro país.

Así, la necesidad de la medida, si bien parece justificarse desde el punto de vista de la inexigibilidad para la mujer, no encuentra asidero suficiente como para modificar la legislación vigente;

58°. Que, en lo que respecta a la **idoneidad** de la medida de interrupción del embarazo en caso de existir riesgo vital para la madre, cabe preguntarse si no es posible encontrar otro medio menos lesivo para lograr el propósito de salvar esa vida sin sacrificar a la persona que cobija en su vientre y que, a diferencia de aquélla, no puede aún manifestar su voluntad.

En este sentido, el proyecto de ley reprochado parte de la existencia de un dilema que no admitiría solución: que salvar la vida de la madre importa obligadamente terminar con la del ser en gestación en circunstancias que, en este mismo voto se ha razonado que un adecuado enfoque médico, supone entender que se está frente a dos pacientes cuyas vidas deben ser preservadas, de modo que si el intento de salvar a la madre supone la muerte del feto, ello será un efecto no deseado.

Desde esta perspectiva, no caben dudas que no se aviene con la Constitución que el legislador introduzca, en este caso, una causal de justificación que torna lícita la conducta consistente en matar a un ser humano en forma deliberada, o sea, realizar un aborto directo o provocado.

Ya se explicado que tal modalidad de aborto no tiene cobertura constitucional al amparo del artículo 19 N° 1° de la Carta Fundamental, a diferencia del aborto terapéutico o indirecto que no persigue acabar deliberadamente con la vida de un ser humano;

59°. Que, en todo caso, el ordenamiento jurídico no puede hacer oídos sordos al sufrimiento de una mujer, sustancialmente digna, que ve en peligro su vida a causa de un embarazo. Y ello, porque a la mujer -como a toda persona- se le reconoce el derecho a la vida como emanación de la dignidad humana reconocida en el artículo 1°, inciso primero, de la Constitución.

Por eso es que la interrupción de su embarazo producida, como efecto no deseado, del despliegue de los

procedimientos y técnicas médicas conducentes a salvar su vida, no está afecta a penalización en Chile, pues tal como sostuvo el ex Presidente de la Corte Suprema, Ministro Sergio Muñoz, en su prevención contenida en el Informe evacuado por la Corte Suprema, al informar el presente proyecto de ley, *"en la actualidad en Chile no se encuentra proscrito el aborto terapéutico propiamente tal ni el denominado aborto embrionario (...). En el año 1989 se modificó el artículo 119 del referido Código en el sentido de prohibir toda acción cuyo fin sea producir un aborto, determinación legislativa que no significó hacer punible o transformar en delito el aborto terapéutico realizado con estricto acatamiento a la lex artis, con el consentimiento de la mujer y con arreglo a las indicaciones que lo hacen posible."*

En este mismo sentido, la intervención de la profesora Magdalena Ossandón, en las audiencias convocadas por esta Magistratura, apuntó a que el medio más idóneo para lograr el propósito de salvar la vida de la madre, aunque se genere como efecto la muerte del feto, habría sido la consagración de una "causa de exculpación" genérica y no una "causa de justificación" como la que contempla el proyecto examinado que suprime la ilicitud de la conducta. La conformidad constitucional de esta alternativa más idónea para el logro de la finalidad perseguida radica en que, con una causa de exculpación, como el estado de necesidad u otra similar, el comportamiento sigue considerándose penalmente prohibido, acorde con lo prescrito por la Carta Fundamental, pero la conducta no le es exigible o no merece reproche penal a quienes participaron en ella, aunque se ponga término deliberadamente a la vida de otro. De esta forma, el juez, en cada caso concreto, puede decidir que no habrá penalización por aborto;

60°. Que, por lo anteriormente señalado, la primera causal de riesgo vital reprochada en estos autos, no

satisface el test de idoneidad en la medida que existe un medio jurídico menos gravoso de concretar el propósito explicado en el Mensaje Presidencial que dio origen a este proyecto de ley;

61°. Que, desde el punto de vista de la proporcionalidad **en sentido estricto**, el proyecto de ley no deja lugar a dudas: salvar la vida de la madre supone sacrificar la vida del ser en gestación y ello se hace deliberadamente en circunstancias que existe la alternativa de desplegar procedimientos médicos para salvar su vida intentando, al mismo tiempo, salvar la vida del embrión. Se trata de un enfoque totalmente distinto. Este último cautela dos derechos, pertenecientes a titulares distintos, y que se encuentran asegurados en la Carta Fundamental con la diferencia de que, en el caso, del que está por nacer, existe un encargo especial conferido al legislador de proteger esa vida que se encuentra en un particular estado de indefensión.

Así, no satisface el test de proporcionalidad el intento deliberado de poner término a la vida de quien está por nacer, porque la plena satisfacción del derecho de la madre supone el sacrificio completo e irreductible de la vida de su hijo jerarquizando a priori, un derecho por sobre el otro.

2) Segunda causal: Patología congénita adquirida o genética incompatible con la vida extrauterina independiente de carácter letal.

62°. Que esta segunda causal de interrupción del embarazo se construye sobre el fundamento de que como *"no es probable mejorar la condición o pronóstico del diagnóstico con intervenciones terapéuticas (...) se obliga a que la mujer gestante experimente un duelo durante el resto del embarazo, esperando la muerte del embrión o*

feto en su vientre." (Traslado de S.E. la Presidenta de la República, fs. 337);

63°. Que, respecto de esta segunda causal, los diputados requirentes sostienen que *"aquí se considera que la escasa sobrevivencia después del parto es determinante para retirar la protección de esa vida y admitir su disposición"* agregando que *"la proximidad de la muerte no es una excepción constitucional admisible a la protección de la vida"* (fs. 61 y 62);

64°. Que, como puede observarse, en este segundo caso, no se presenta un conflicto entre dos titulares que tienen asegurado el mismo derecho (el derecho a la vida). Se trata, más bien, de un conflicto entre el derecho a la vida del ser humano que está por nacer y el derecho de la mujer a tomar decisiones autónomas que, si bien no encuentra consagración explícita en nuestro ordenamiento constitucional, está comprendido, implícitamente, dentro de la libertad que se le reconoce a toda persona en el inciso primero del artículo 1° de la Carta Fundamental cuando precisa: *"Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos."*;

65°. Que estos Ministros disidentes tienen especialmente presente que la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), de 1979, y vigente en Chile, obliga a los Estados Partes a tomar todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre (Art. 3).

Pero, asimismo, han tenido a la vista la Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 1989, cuyo Preámbulo recuerda a la Declaración de los Derechos del Niño cuando afirma *"el niño, por su falta de madurez*

física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto **antes** como después de nacimiento" (Énfasis agregado). Su articulado considera que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativa o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del niño**" entendiendo por tal a "**todo ser humano** menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad." (Arts. 1 y 3).

La consideración de esta normativa internacional resulta imperativa en este juzgamiento a la luz del deber que el inciso segundo del artículo 5° constitucional impone a los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana asegurados tanto por la Constitución cuanto por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes;

66°. Que el Mensaje del proyecto de ley que se analiza afirma que "los derechos de las mujeres están en el centro de esta propuesta" (p. 3). Agrega que "De conformidad al Derecho Internacional de los Derechos Humanos la denegación de la interrupción del embarazo, en determinadas circunstancias, puede constituir vulneraciones a derechos fundamentales" (p. 12) para terminar citando una serie de recomendaciones y observaciones de los órganos que componen el sistema internacional de protección de los derechos humanos (pp. 13-16).

Lo cierto es que, sin embargo, no se ha invocado en estos autos ningún tratado internacional que obligue a Chile a consagrar legalmente el derecho de la mujer a abortar a un feto supuestamente inviable porque la expone

a un sufrimiento. Y no podría hacerlo, porque como señala el Informe en Derecho del profesor Francisco Orrego Vicuña, acompañado a estos autos, no existe ningún tratado de carácter universal que consagre el referido derecho, ni tampoco en el contexto regional americano (p. 7). Agrega que *"tampoco es claro que exista una opinio iuris clara y manifiesta de parte de los Estados, en el sentido de que la permisibilidad de la realización de procedimientos abortivos sea consecuencia de una obligación internacional, y ella se regule a título de derecho subjetivo de la mujer solicitante"* (p. 8).

Luego, no existe ninguna fuente formal del Derecho Internacional Público -tratados o costumbre- que consagre un supuesto derecho a abortar, ni siquiera para evitar un sufrimiento en los términos que antes se han analizado;

67°. Que, a mayor abundamiento, las recomendaciones y observaciones citadas en el Mensaje de este proyecto de ley constituyen *soft law* internacional, esto es, directrices no obligatorias que los Estados deben ir teniendo en cuenta para configurar sus políticas públicas, sin que su inobservancia genere responsabilidad internacional a su respecto. Este criterio ya fue seguido por la sentencia de esta Magistratura recaída en los roles N°s 3016 y 3026 (acumulados);

68°. Que, sobre la base de estas consideraciones, debe analizarse la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la segunda causal impugnada por los parlamentarios requirentes;

69°. Que, en lo que respecta a la **necesidad** de la interrupción del embarazo en este caso, el mensaje de este proyecto de ley indica que *"cerca de 500 muertes anuales se producen por imposibilidad de la vida extrauterina, según prevalencia por patologías"*; todo ello conforme a estadísticas de los años 2004 a 2012 (p. 5)

Aún cuando ese diagnóstico fuera acertado -lo que fue discutido en estos autos- desde el punto de vista constitucional, no existen excepciones que permitan deliberadamente terminar con una vida humana que no correspondan a los casos excepcionales en que puede imponerse la pena de muerte por delito contemplado en una ley de quórum calificado (artículo 19 N° 1°, inciso tercero, de la Constitución).

Expresado en otros términos, privar de la vida nunca puede reputarse como "necesario", aún cuando la vida no esté destinada a proyectarse en el tiempo, lo que conduce a que la interrupción del embarazo en este caso, en base a la sola voluntad de la madre que no desea sostenerlo, no se aviene con la protección constitucional del derecho a la vida del que está por nacer y que constituye un deber imperativo para el legislador;

70°. Que, desde el punto de vista de la **idoneidad** de la interrupción del embarazo en esta segunda causal, cabe preguntarse si existe algún otro medio menos gravoso, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, para apoyar a una mujer que se encuentra en una situación de suyo compleja.

Siguiendo al Tribunal Constitucional alemán, en su sentencia del año 1993, ya citada, *"el criterio de la insostenibilidad en cierto modo limita la obligación de la mujer de dar a luz al hijo; sin embargo, ello no deroga la obligación de proteger que tiene el Estado respecto de todo ser humano que está por nacer. Dicha obligación ordena al Estado especialmente brindar asistencia a la mujer -mediante apoyo y asesoría- y, mediante ello, lograr que ella opte por tener al niño (...)."*

En efecto, un modelo de asesoramiento de la mujer tendiente a acompañarla durante un embarazo y alumbramiento difíciles, por tratarse de un hijo supuestamente inviable, resulta una solución idónea para

compatibilizar adecuadamente la protección al derecho a la vida del que está por nacer junto una manifestación de la libertad de la mujer responsable con su propio deber de respetar y de no interferir en la vida de otro ser humano que, además, no tuvo injerencia en el hecho de su concepción;

71°. Que el nuevo artículo 119 del Código Sanitario, que este proyecto de ley incorpora, prevé un programa de acompañamiento de la mujer en los casos de interrupción voluntaria del embarazo. El inciso 12° de esa nueva norma precisa que *"En la situación descrita en el número 2) del inciso primero, el prestador de salud proporcionará los cuidados paliativos que el caso exija, tanto si se trata del parto como de la interrupción voluntaria del embarazo con sobrevivencia del nacido."*

Este modelo de acompañamiento no resulta suficiente para que este proyecto de ley satisfaga el criterio de la idoneidad en lo que a esta segunda causal se refiere, pues no es conducente sólo a salvar la vida del que está por nacer en forma compatible con la Constitución sino que contempla la posibilidad de darle muerte;

72°. Que, si se trata de la proporcionalidad en sentido estricto, esta segunda causal tampoco satisface el criterio de armonizar debidamente los derechos en conflicto. Ello, porque la libertad de la mujer subordina absolutamente la vida de un ser humano al punto que éste resulta totalmente sacrificado y el derecho del que es titular anulado en su misma esencia.

En cambio, el modelo de acompañamiento a que se ha hecho referencia, sí resulta más armonioso y acorde a la exigencia constitucional, pues no sacrifica el derecho a la vida del que está por nacer y sólo circunscribe la libertad de la mujer impidiéndole una opción -la interrupción del embarazo- que, como se expresó en estos autos, causa severos trastornos desde el punto de vista de su propia salud mental (intervención y estudios

acompañados en las audiencias públicas por la doctora María Francisca Duceval- Cuza).

3) Tercera causal: Interrupción voluntaria del embarazo que es producto de una violación.

73°. Que, en su traslado, S.E. la Presidenta de la República ha manifestado que *"la violación es un acto que implica una vulneración de la integridad física y psíquica de la mujer, un atentado a su dignidad, al derecho a la intimidad, a su autodeterminación sexual, a su libertad"* (Fs. 338). Compartimos plenamente esta afirmación.

Agrega la Jefa de Estado que *"El proyecto de ley reconoce que obligar a la mujer a mantener dicho embarazo es un sacrificio supererogatorio, inexigible a la mujer, adolescente o niña violada, el que afecta sus derechos fundamentales"* (Fs. 339). Concluye que *"en esta causal el legislador ha ponderado con el mayor cuidado la vida del que está por nacer. Para ello ha impuesto un conjunto de cargas a la niña, adolescente o mujer embarazada violada para levantar la prohibición general de interrumpir el embarazo."* (Fs. 340);

74°. Que tanto los senadores como los diputados requirentes manifiestan, a su vez, que el deber que se le confía al legislador en el artículo 19 N° 1°, inciso segundo, de la Constitución, no puede desnaturalizarse de tal manera que llegue a desproteger lo que debe cautelar. Así, en el Rol N° 3751, los diputados requirentes señalan que: *"El hijo producto de una violación no es agresor, ni culpable de ésta, es tan víctima como su madre pues ha sido engendrado en un contexto de violencia o abuso (...) su calidad de "indeseado" no puede considerarse una excepción justificada a la protección legal y constitucional de su vida, por el contrario, es una situación en la que deberían desplegarse todas las*

herramientas de acogida tanto para la mujer gestante como para el hijo(...)." (Fs. 62);

75°. Que bastaría para afirmar la inconstitucionalidad de esta tercera causal de interrupción del embarazo que la Constitución no puede llegar a anular la protección que el legislador debe brindar a la vida del que está por nacer, lo que, indudablemente, limita la "flexibilidad" que se quiso entregarle en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. Tal flexibilidad sólo puede apuntar a diversas modalidades de protección, pero jamás a que el derecho desaparezca por carecer de titular.

Y ya se ha explicado, también, que el aborto terapéutico indirecto no constituye propiamente una excepción a ese mandato, pues se funda en la ocurrencia de un efecto no deseado consistente en la muerte del embrión con el objeto de salvar la vida de la madre;

76°. Que, así, al ponderar los derechos supuestamente en conflicto, se advierte que esta causal - al igual que la anterior- no satisface los estándares de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto;

77°. Que, desde el punto de vista de la necesidad, llama la atención que el proyecto de ley afirma que "en los casos de embarazos secundarios originados por violencia sexual (violación), *"no existen datos que permitan dimensionar la magnitud de esta situación"*" (p. 6). A diferencia de lo que ocurre en la primera causal, el Mensaje no precisa los "riesgos" que la mantención del embarazo significaría para la mujer sino que se pone énfasis, más bien, en la tortura que importaría para ellas ser utilizadas como "incubadoras humanas", como afirmó el abogado Etcheberry en estrados.

Esos fundamentos fueron complementados, en las audiencias públicas, por la intervención, entre otras, de la doctora, Andrea Huneus, quien sostuvo que, en Chile,

un 10% de las mujeres violadas se embarazan y que el 66% de las violaciones corresponden a niñas de 18 años o menos. Se refirió también a los diversos efectos del embarazo por violación y a las patologías que suelen afectar a los hijos de mujeres violadas;

78°. Que estos Ministros disidentes comprenden y comparten la preocupación de las autoridades por la ocurrencia de estas situaciones que aquejan a nuestra sociedad. Sin embargo, deben juzgar si, a la luz de la Constitución, parece necesario interrumpir un embarazo -o no penalizarlo- para compensar la victimización que una mujer sufre como consecuencia de un acto tan repudiable como la violación.

Y, desde esta perspectiva, la decisión legislativa de hacer primar el interés de la madre, autorizando la práctica de un aborto, no parece sustentarse en razones suficientes que superen la mera voluntad de la mujer, según estos Ministros han podido constatar en los antecedentes allegados a este proceso. Con mayor razón, si como se ha venido recordando, la Carta Fundamental no extiende la flexibilidad legislativa en el cumplimiento del encargo de proteger la vida del que está por nacer a la anulación de toda protección y, aún más, al atentado contra esa vida.

No se trata, entonces, de negar el impacto de una violación, pero la necesidad de enfrentar ese flagelo no pasa por anular el derecho a la vida de la persona que se encuentra en el vientre materno y que constituye otra víctima más de ese hecho repudiable;

79°. Que, en lo que respecta a la idoneidad de esta tercera causal para el logro de los fines propuestos en el Mensaje, tampoco puede darse por cumplido este estándar.

Por de pronto, porque no se aplica el medio menos gravoso para reparar las consecuencias de una violación sino que el más gravoso: el término de una vida humana



desconociendo, absolutamente el legislador el deber imperativo que le impone la Constitución de proteger la vida del que está por nacer.

Pero, además, porque, tal como se ha explicado al analizar la segunda causal, el programa de acompañamiento que se prevé en el nuevo artículo 119 del Código Sanitario no está destinado, necesariamente, a preservar la vida del que está por nacer sino que a que la mujer opte por mantener el embarazo o practicarse un aborto vulnerando, en este último caso, en forma flagrante, la protección que la Carta Fundamental le asegura al *nasciturus* en cuanto persona;

80°. Que, desde la óptica de la proporcionalidad en sentido estricto, esta tercera causal tampoco satisface el estándar requerido, porque, como ya se ha explicado, este criterio apunta a un equilibrio o armonía entre los derechos en conflicto, pero jamás puede suponer la anulación o el sacrificio total del derecho. Con mayor razón, cuando la libertad de que todos gozamos para adoptar las decisiones que van a marcar nuestro destino, reconocida en el artículo 1°, inciso primero, de la Constitución, está limitada por el respeto a los derechos de los demás. Criterio que, por lo demás, se apoya en la fuerza normativa directa de la Carta respecto de toda persona, institución o grupo, como prescribe el inciso segundo de su artículo 6°.

Es así como la interrupción voluntaria del embarazo, en casos de violación, y sin distinción alguna del período de gestación, conduce a anular el derecho a la vida del que está por nacer afectando su propia esencia que, como ya se ha explicado, constituye un coto vedado para el legislador.

VI. CONSIDERACIONES FINALES.

81°. Que, en base a los razonamientos que preceden, los Ministros que suscriben este voto declararán que el artículo 1° N° 1 del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, vulnera el artículo 19 N° 1°, incisos primero y segundo, de la Constitución, en relación con su artículo 1°, inciso primero. Ello, en la medida que el legislador ha desconocido el marco aplicable al cumplimiento del encargo que le efectuara el Constituyente en orden a proteger la vida del ser humano que está por nacer. Al hacerlo, ha vulnerado, además, el artículo 6°, que consagra los principios de supremacía constitucional y de fuerza normativa directa de la Carta Fundamental respecto de toda persona, institución o grupo, como su artículo 7°, inciso segundo, que recoge el principio de clausura del derecho público, según el cual *"ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes."*

Adicionalmente, transgrede el artículo 19 N° 26° constitucional que consagra la reserva legal en materia de derechos fundamentales y que sólo permite imponer límites a los mismos cuando la Constitución lo autoriza y siempre que se respete la esencia o núcleo irreductible del respectivo derecho. Ello, en atención a que las tres causales contempladas en dicha norma conducen a terminar, definitiva e irremediablemente, con la vida del ser humano en gestación sin que un ejercicio de ponderación de los demás derechos concernidos -que no es monopolio del legislador- satisfaga los estándares constitucionales permitidos;

82°. Que, sin perjuicio de lo expresado, todo el mecanismo contemplado en el mismo numeral 1 del artículo 1 del proyecto de ley cuestionado -que modifica el

artículo 119 del Código Sanitario- para que se obtenga la autorización de la mujer, se preste la información pertinente y opere el respectivo programa de acompañamiento, resulta asimismo inconstitucional por las mismas razones antes consignadas;

83°. Que, por su parte, el numeral 2 del artículo 1° del proyecto de ley, que incorpora un nuevo artículo 119 bis al Código Sanitario, también es inconstitucional, porque, al regular las exigencias de diagnóstico médico para que operen las tres causales incurre en una indeterminación y una falta de especificidad que sólo agravan el efecto de acabar con la vida de un ser humano.

El proyecto de ley es tan vago que, al final, la vida del que está por nacer queda entregada a la apreciación amplia de médicos que han de proceder en situaciones de extrema urgencia y, muchas veces, sin el apoyo tecnológico adecuado para efectuar un diagnóstico que puede llevar al término de su vida. En efecto, en el caso de la primera causal, se exige contar "con el respectivo diagnóstico médico". Tratándose de la segunda causal, la intervención requiere contar con "dos diagnósticos médicos, en igual sentido de médicos especialistas". Si se trata de la tercera causal es necesario que "un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos" confirme la concurrencia de los hechos constitutivos de violación y la edad gestacional. Nada se dice en el proyecto de ley sobre la especialidad de estos facultativos acentuando la indeterminación del procedimiento. De tal manera que el proyecto de ley presenta aspectos abiertos y flexibles que abren espacio para la práctica de maniobras fraudulentas.

Si se sostuviera -hipotéticamente- que lo que el legislador está regulando son limitaciones a la protección de la vida del que está por nacer, es claro que no se satisfacen los estándares constitucionales

desarrollados por la jurisprudencia de esta Magistratura en orden a la determinación y especificidad que deben rodear la limitación a un derecho fundamental.

En estos autos constitucionales, quedó claro que las patologías fetales no siempre son diagnosticadas con certeza absoluta y que la cantidad de especialistas con que cuenta nuestro país para efectuar los diagnósticos que la aplicación de esta ley requeriría son insuficientes, de modo que la indeterminación de la norma legal conducirá a que una cantidad también indeterminada de seres humanos sean sentenciados a morir en base a diagnósticos errados o superficiales.

Desde esta perspectiva, no podemos declarar constitucional una norma legal cuyos efectos palmarios van a producir mayor desprotección y vulneración de los derechos de los seres humanos que están por nacer y de la propia mujer. Sólo podríamos evitar la declaración de inconstitucionalidad si ésta produjera efectos más inconstitucionales que los que se tratan de prever con la norma cuestionada, lo que aquí no ocurre (STC roles N°s 558 y 590 acumuladas, c. 19°);

84°. Que, por los mismos razonamientos en que se ha venido insistiendo, quienes suscriben este voto, declararán la inconstitucionalidad del artículo 1°, N° 4, y de los artículos 2°, 3° y transitorio del proyecto de ley de que se trata, en la medida que las normas ya declaradas inconstitucionales -y que se relacionan directamente con aquéllas- inciden, también, en la infracción del deber que la Constitución impuso al legislador en el inciso segundo del artículo 19 N° 1° de la Constitución;

85°. Que, finalmente, estos Ministros disidentes estiman que el proyecto de ley que se ha cuestionado en estos autos no sólo adolece de falta de determinación en varios de sus preceptos sino que entrega una serie de aspectos que pueden estimarse propios del núcleo mismo

del derecho a la vida a la regulación de la potestad reglamentaria lo que, también, resulta inconstitucional y lesivo de los derechos fundamentales del que está por nacer.

En ese contexto, no podemos dejar de consignar que, en nuestra convicción, nada hay en este proyecto de ley que impida o anule la interposición del recurso de protección de las garantías constitucionales del ser concebido y no nacido, cuando producto de la aplicación de las normas que, prontamente, se convertirán en ley, resulte privado, perturbado o amenazado en el legítimo ejercicio del derecho a su vida como establece el artículo 20 de la Carta Fundamental.

SEGUNDO CAPÍTULO. Objeción de conciencia.

Los Ministros señores Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino estuvieron por rechazar los requerimientos de autos en lo concerniente a la impugnación en materia de objeción de conciencia, por las razones que señalan a continuación:

I. La regla.

1°. Que el artículo 1° numeral 3° del proyecto de ley que introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario, dispone el primer reconocimiento legal expreso de la objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico chileno, en este caso, aplicable al procedimiento médico de aborto con las características que indicaremos. Primero, se trata de una excepción del cumplimiento de la ley fundada en imperativos de conciencia al aborto. Segundo, abarca al "médico cirujano requerido" y al

"resto del personal profesional" que realizan sus funciones dentro del pabellón quirúrgico y que hayan comunicado tal impedimento al "director del establecimiento de salud". Tercero, se trata de una objeción de conciencia que alcanza exclusivamente a los sujetos indicados y no a la institución en donde trabajan. Cuarto, los profesionales referidos pueden trabajar indistintamente en instituciones públicas o privadas de salud. Quinto, la interposición de la objeción de conciencia obliga al centro médico a disponer de un profesional no objetante para la atención de la mujer. Sexto, si no existiere ningún personal no objetante la mujer deberá ser derivada a otro establecimiento médico. Séptimo, existen dos contraexcepciones a la objeción de conciencia. Uno en el caso del aborto derivado de la primera causal cuando "la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable". Y respecto de la causal derivada de la violación, "si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal". En ambos casos, "quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo". Finalmente, es deber del Ministerio de Salud dictar los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia los que deben orientarse al objetivo de asegurar la atención médica de la paciente;

II. Las impugnaciones.

2°. Que la existencia de esta institución implica tres impugnaciones diferentes. Primero, que los sujetos beneficiarios de la excepción no son todos aquellos que intervienen a una paciente dentro del pabellón quirúrgico, no alcanzando al personal no profesional en cada establecimiento de salud. Asimismo, la objeción solo se limita a aquellos actos que realizan la fase final de

la intervención médica en el pabellón y no a todos sus actos preparatorios (fs. 91 y 97 del expediente Rol 3751). Estas diferenciaciones son entendidas como arbitrarias, vulnerando el artículo 19, numeral 2° de la Constitución. Denominaremos a ésta impugnación como **objeción de conciencia ampliada;**

3°. Que otra impugnación es la referida al impedimento práctico de oponer la objeción de conciencia en las causales números 1° y 3° del artículo 1° numeral 1° del proyecto de ley, ambas en una situación límite. Al obligar la ley a realizar el aborto se violaría la propia libertad de conciencia, especialmente, tratándose del vencimiento del plazo en el caso de la tercera causal, porque en la primera la expresión "atención inmediata e impostergable" se asociaría a un peligro de la vida de la madre (fs. 98 del requerimiento en el expediente Rol 3751). Esta circunstancia implica una vulneración del artículo 19, numeral 6° de la Constitución. Denominaremos en esta disidencia a esta infracción como **objeción de conciencia sin excepciones;**

4°. Que la tercera y última impugnación, es que la objeción de conciencia no abarque a las instituciones de salud obligadas por esta ley a realizar la interrupción del embarazo. De esta manera, esta ausencia de reconocimiento de esta objeción de conciencia, traducida en un ideario institucional, vulneraría la autonomía constitucional de los cuerpos intermedios amparada en el inciso tercero del artículo 1° de la Constitución y en el reflejo de su garantía en el inciso primero del numeral 15° del artículo 19 de la Constitución, como infracción a su libertad de asociación (fs. 98 a 106 del requerimiento del expediente Rol 3751). El tipo de infracción denunciada implica que esta objeción abarcaría solo a instituciones privadas, únicas susceptibles de requerir un estatuto asociativo, y que el reproche no abarca el

propio artículo 19, numeral 6° de la Constitución. La reseñaremos como **objeción de conciencia institucional**;

III.- Efecto normativo de lo solicitado por los requirentes y la competencia decisoria del Tribunal.

5°. Que ambos requerimientos solicitan declarar la inconstitucionalidad "del Artículo 1° (...) N° 3 en su totalidad" (fs. 152 del expediente Rol 3751 y a fs. 61 del expediente Rol 3729). No obstante, otorgan competencia para estimar que los requerimientos se acojan y se declare tal inconstitucionalidad de un modo "total o parcialmente";

6°. Que, como hemos explicado, la regla que introduce la objeción de conciencia a la prestación médica del aborto, implica el establecimiento de la objeción misma. Por tanto, más allá del debate acerca de la necesidad de la interposición de la ley para arbitrar constitucionalmente este procedimiento, es altamente contraproducente eliminar de todo el proyecto de ley, la idea misma de la objeción de conciencia, máxime si el proyecto en el establecimiento de sus causales de justificación fue estimado constitucional por esta Magistratura;

7°. Que, por lo anterior, es necesario reconducir las impugnaciones a aspectos regulatorios parciales del artículo 1° numeral 3° del proyecto de ley, especialmente, si las atribuciones del Tribunal Constitucional residen en un dimensión ablativa o negativa, eliminando parte de su articulado;

8°. Que bajo esta interpretación la **objeción de conciencia ampliada**, implicaría eliminar dos veces la expresión "profesional" del inciso primero del indicado artículo para ampliar el marco subjetivo de las personas a las cuales abarca la objeción indicada. Y, a su vez, eliminar la expresión "al interior del pabellón

quirúrgico" con el objeto de ampliar la objeción de conciencia más allá del acto médico, incluyendo sus actos preparatorios;

9°. Que, del mismo modo, la **objeción de conciencia sin excepciones** se puede reflejar de dos maneras distintas. Por una parte, aquella que implique ausencia completa de excepciones a la objeción de conciencia lo que significaría eliminar todo el inciso tercero del artículo 1°, numeral 3° del proyecto de ley. Sin embargo, como los propios diputados requirentes lo estiman un contrasentido, puesto que en defensa de la objeción de conciencia hay riesgo de provocar la muerte de la madre en el caso de la causal número 1°, la impugnación se reduciría a eliminar el párrafo del señalado inciso en la parte que menciona que: "tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119.";

10°. Que, por último, la **objeción de conciencia institucional** se traduciría en la eliminación del proyecto de ley de la frase final del inciso primero del artículo 1° numeral 3° que indica que: "La objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución."

11°. Que este ejercicio interpretativo introductorio es esencial para describir el conflicto constitucional planteado y sobre el cual estos Ministros disidentes estiman que es necesario rechazar estas impugnaciones;

IV.- Fundamentos en torno a la objeción de conciencia.

12°. Que al ser la primera vez que se introduce en el ordenamiento jurídico chileno mediante una disposición legal específica y que deviene en una

inconstitucionalidad de parte del proyecto de ley, parece clave referirse previamente a los fundamentos de esta institución;

A.- Deber de obediencia al derecho, desobediencia civil y objeción de conciencia.

13°. Que aún antes que el razonamiento en torno al derecho positivo, cabe entender que si bien hemos sostenido que el control de esta ley nace desde una óptica puramente normativa, alejada del lenguaje del razonamiento de la moral, el dilema de la objeción de conciencia tiene una íntima conexión con esa aproximación. No es este el lugar para resolverlo pero el punto de partida que debemos identificar es que existe un deber de obediencia al derecho que se manifiesta en el plano de la eficacia de las normas [Elías Díaz (2009), *Doxa*, N° 32, "Realismo crítico y filosofía del Derecho, p. 99]. Por cierto, que hay otros planos para verificarlo como el de la fundamentación ética de la obligación de obedecer el derecho en el marco de la obligación de respetar la democracia (Javier Muguerza (1987), *Doxa*, N°4 "Sobre el exceso de obediencia y otros excesos"). Pero en cualquier caso, la objeción de conciencia se inserta en que estos deberes entrañan límites. Si la ley es la construcción de voluntades hasta configurar una voluntad general mediante la deliberación que genera obligación jurídica, la desobediencia es la separación de la voluntad colectiva en la reafirmación de una voluntad individual por argumentos relativos a la lesión de la integridad moral de una conciencia;

14°. Que el Derecho en las sociedades democráticas y pluralistas se cimienta en un entendimiento básico acerca de la eficacia, validez, legitimidad y fuerza de los mandatos normativos. Este entendimiento se traduce en

reglas tan claras como el imperativo de que la ley rige para todos por igual y que ésta se presume conocida por todos, aunque de hecho la ignoremos. Una sociedad está basada en el Derecho, porque es el único modo de organizar los consensos básicos que le permiten construir un Estado de Derecho con sus elementos que lo caracterizan. Por lo mismo, pocos dudarían que la erosión, la evasión o la elusión de la ley democráticamente deliberada importan un debilitamiento del propio Estado de Derecho. No existe ninguna atribución que entregue el propio ordenamiento que habilite a sus ciudadanos a desentenderse de los mandatos del Derecho. Eso es un retorno al no derecho, al imperio de la voluntad individual o al de la fuerza desnuda;

15°. Que, pese a lo dicho, en democracia la ley o alguno de sus mandatos, pueden poner en tensión las convicciones personales de sus ciudadanos a partir de la construcción de deberes jurídicos que vulneren su conciencia, sea que esté fundada en la definición de reglas de autonomía moral o de un determinado código deontológico. Esta insumisión dentro del ordenamiento democrático puede manifestarse de dos maneras disímiles. Por una parte, mediante desobediencia civil o, por la otra, ejercitando la objeción de conciencia;

16°. Que la desobediencia civil implica una opción política activa a través de la oposición a la norma y con el objeto preciso de cambiarla o de echar abajo una determinada política pública. Es así como la define John Rawls al indicar que ésta es "un acto ilegal público, no violento, de conciencia pero de carácter político, realizado habitualmente con el fin de provocar un cambio en la legislación o en la política gubernativa" (John Rawls (1971-2011), *Teoría de la justicia*, FCE, 8° reimpresión, p. 332). La desobediencia, en consecuencia, puede ser una mezcla de un activismo político, con un carácter público, altamente simbólico del conjunto de

actos individuales o colectivos y con la voluntad consciente de tolerar los castigos y sanciones que devienen del incumplimiento de la norma. Nada de esto parece ocurrir en la objeción de conciencia, puesto que en ella la oposición del objetor a la norma busca simplemente el respeto de su conciencia porque le resulta intolerable cumplir el mandato legal ordenado. El objetivo buscado es cautelar la integridad e inviolabilidad de su juicio moral que no puede ser forzado por mandatos externos, como el de la ley, que lesionan la convicción íntimamente alcanzada de la injusticia del deber impuesto. La objeción de conciencia se vive para sustraerse del deber y no para hacer propaganda de ella. Lo anterior, no implica que no existan conexiones entre estos actos de insumisión. Muchos pueden ser desobedientes contra esta misma ley pero muy pocos (determinado personal médico) pueden estar en el círculo de los objetores. El médico especialista en materias perinatales puede ser objetor y, además, desobediente. Un oculista carece de la primera opción. De lo que se deduce que la desobediencia no requiere de norma legal habilitante, bastándole la libertad de expresión y el derecho de reunión. En cambio, la objeción de conciencia exige necesariamente un marco normativo;

17°. Que, finalmente, se trata de un deber de obediencia al Derecho y no a la ley. No importando las teorías de justicia que profesemos, entendemos en ellas una presión crítica del Derecho por modificar los mandatos inicuos de la ley. Es evidente que las leyes no se identifican con el Derecho y éste es el que permite preservar la justicia frente a la ley. La ley democrática misma puede contener grados de injusticia tolerables de acuerdo a concepciones políticas y morales esencialmente pluralistas. Por lo mismo, es el Derecho el que habilita al legislador a definir cuáles son los supuestos que permiten identificar mandatos que intensamente pueden vulnerar la conciencia.

Por lo tanto, en doctrina no existe un régimen general de objeción de conciencia sino que tantas objeciones como las que habilite expresa y circunscritamente el legislador (objeción al servicio militar obligatorio, objeción al juramento, objeción fiscal u objeción al aborto, etcétera);

B.- Síntesis del marco constitucional de la libertad de conciencia.

18°. Que la libertad de conciencia en Chile tiene norma expresa, alcances interpretativos y efectos jurídicos que delimitan la fundamentación de la objeción de conciencia, según veremos;

19°. Que, en cuanto a la norma de reconocimiento, la Constitución dispone en el artículo 19 numeral 6° inciso primero el aseguramiento a todas las personas de la "libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público";

20°. Que en lo relativo a sus alcances interpretativos, la "libertad de conciencia" aparece en nuestro ordenamiento jurídico con la Constitución de 1925 como reflejo de la separación de la Iglesia Católica y el Estado de Chile, reconociéndose en el artículo 10, numeral 2° una norma muy similar a la actual, aunque partía con la consagración primaria de la manifestación de todas las creencias y en seguida, de la propia libertad de conciencia. Esta consideración, y el marco de la discusión de este precepto en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, dio pábulo a una lectura restringida de la libertad de conciencia asociándola a "la creencia en un dios o ser superior, esto es la adhesión religiosa" [Eduardo Aldunate, Coordinador (2009) *Constitución Política de la República de Chile*, Tomo I,

Thomson Reuters, p. 175). Esta versión restringida es sostenida por Alejandro Silva Bascuñán en cuanto si bien reconoce la dimensión amplia de que "libertad de conciencia existe en cuanto toda forma de pensamiento y de creencia, la tradición conceptual es aludir específicamente con tal expresión al derecho a pensar y a creer sin coacciones en lo que se refiere tan solo a la Divinidad" [Alejandro Silva Bascuñán (2006), *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, p. 235). Hay una dimensión más amplia que protegería "toda elaboración del intelecto sea ésta la adhesión religiosa, filosófica, ideológica, política o de cualquier otra índole" (Aldunate: 2009, p. 175);

21°. Que el alcance de ambas tesis parten de la base de un punto de vista común: la libertad de conciencia opera como reconocimiento de protección al fuero interno. En términos de José Luis Cea, "la conciencia es una cualidad íntima y, por lo tanto, irregulable por el derecho mientras no se exteriorice o manifieste, de modo sensible a través de conductas observables o perceptibles" [José Luis Cea Egaña (2004), *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 207]. Lo mismo lo sostienen otros autores [Alejandro Silva Bascuñán (2006): pp.234-237 o Mario Verdugo y Emilio Pfeffer (2005), *Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de segunda edición, pp. 258-260];

22°. Que el efecto jurídico es que respecto de la conciencia "constituye una obligación de abstención del Estado, que fija una facultad primaria de formación del propio juicio, sin ningún tipo de interferencias, haciendo posible la determinación de valores de acuerdo con los cuales cada quien desarrolla su vida" [Gonzalo García y Pablo Contreras (2014), *Diccionario Constitucional Chileno*, Tribunal Constitucional, p. 613]. Este marco de abstención parece ser más imperioso que

nunca puesto que mediante medios tecnológicos lo que se creía protegido en el fuero interno podría ser interferido en el futuro, cuestión irrelevante en este caso;

C.- Libertad de conciencia como fundamento constitucional de la objeción de conciencia.

23°. Que no es posible colegir automáticamente que la libertad de conciencia devenga en objeción de conciencia. Ello exige alguna explicación en la cual hay desacuerdo. Primero, porque la Constitución no menciona la idea de objeción de conciencia. Segundo, porque la ausencia de mención lleva a determinar la necesidad de especificar el estatuto teórico constitucional que la ampare;

24°. Que respecto de la misma, en nuestra doctrina existe una tesis negacionista-limitadora. Sostenida por el Profesor Rodolfo Figueroa, parte de la base de definir que el ámbito de la objeción de conciencia es un resorte del legislador y que no puede fundarse de un modo directo en la libertad de conciencia. Por tanto, serían facultades reconocidas por el propio legislador y que no pueden sostenerse en un "derecho moral a la objeción de conciencia" y que menos éste tiene un carácter "absoluto", puesto que de vincularse con la libertad de conciencia no habría que olvidar que ésta, está sujeta a limitaciones derivadas de la "moral, las buenas costumbres o el orden público". [Rodolfo Figueroa (2016), "Objeción de conciencia y aborto", en Lidia Casas y Delfina Lawson (2016), *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, pp. 147-178];

25°. Que en la tesis contraria, sostenida por la Profesora Ángela Vivanco es que la objeción de conciencia sería un derecho implícito y derivado del artículo 19, numeral 6° de la Constitución. [Ángela Vivanco (2016), "La objeción de conciencia como derecho constitucional.

Una especial mención a la objeción de conciencia ante la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, propuestas en el caso chileno", en Lidia Casas y Delfina Lawson (2016), *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, pp. 147-178];

26°. Que la diferencia entre ambas tesis, es que la amplia la asocia a la libertad de conciencia y la restringida a los límites de la misma, definidos en el inciso primero del numeral 6° del artículo 19 de la Constitución. En cualquier circunstancia, ambas con un anclaje constitucional. Una de las consecuencias jurídicas de esta diferencia se dio en la Constitución española a raíz de la expresa mención en ésta a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. La ausencia de la dictación de la ley por un tiempo, llevó a que se reconociera un contenido esencial intangible a la objeción aún en ausencia de ley. Este es el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional español 15/1982, de 23 de abril, que indicó que "el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que en el caso presente habría de identificarse con la suspensión provisional de la incorporación a las filas" del servicio militar (fundamento jurídico 8°);

27°. Que si se sostuviera una tesis fuerte de objeción de conciencia aún faltaría el reconocimiento expreso en la Constitución para invocar un contenido esencial intangible, como en el ejemplo español recién aludido. Por lo mismo, es posible de razonar con ambas tesis ya que éstas exigen el reconocimiento legal expreso de la objeción de conciencia por parte del legislador ya que no existe ninguna modalidad directa de objeción de conciencia en la propia Constitución. Dicho de otra manera, no se puede deducir del carácter implícito de la objeción de conciencia una vulneración a un contenido

esencial por una regla genérica de incumplimiento respecto de potenciales objetores;

28°. Que una primera consideración es que la libertad de conciencia no puede ser protegida únicamente como un mandato de no intervención de una idea que está alojada en el fuero interno de los individuos. El derecho opera sobre sus manifestaciones externas y sería sencillo para el Estado dar por siempre cumplido su deber de abstención en una especie de libertad de conciencia ciento por ciento garantizada. Se podrá decir que la conciencia se ha de manifestar en una creencia y que sólo éstas serían las manifestaciones externas protegidas;

29°. Que en nuestro concepto resulta claro que la Constitución protege la libertad de conciencia como una dimensión separada de la libertad religiosa, fundando el pluralismo moral compatible con un régimen democrático de amplio espectro ideológico. De tal modo, que "las convicciones religiosas pueden determinar la conciencia de las personas, pero la religión no tiene el monopolio de la sobre la conciencia y, de hecho, está sujeta al examen y evaluación con base a la conciencia" [Bernard Dickens (2016), "El derecho a la conciencia", en Rebeca Cook, Joanna Erdman y Bernard Dickens, *El aborto en el derecho transnacional*, FCE, México, p. 271];

30°. Que podemos sostener que es parte del contenido constitucionalmente protegido que la conciencia se manifieste con "libertad" y no lo sería si aquella concluyese únicamente en "creencias" de raíz religiosa. Justamente, la inversión de los términos desde la Constitución de 1925 a la actual, implica un reforzamiento de la libertad ideológica de toda persona;

31°. Que, en este sentido, la objeción de conciencia nace en el espacio intermedio del tránsito de una manifestación auténtica de la conciencia, desde su consagración en el seno del juicio interno de la conciencia de una persona hasta su concreción como

creencia en un sentido amplio y no solo de aquellas expresiones propias de la libertad religiosa. Es parte del juicio de conciencia, libremente adquirido, el poder defenderla frente a contenidos normativos que la vulneran de un modo intolerable. El contenido jurídico constitucional de la objeción es la reacción de la conciencia frente a un mandato normativo que atente contra convicciones autónomas, razonadas y esenciales, todo lo cual hace parte de la noción de la libertad de conciencia a objeto de representar una juridicidad externa propia del Derecho Constitucional;

32°. Que esta tesis amplia de libertad de conciencia en su vínculo con la reacción objetora va en línea con lo sostenido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (artículo 18 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos) en orden a concatenar libertad de conciencia, primero, y libertad de religión, con posterioridad, incluso antecediendo la libertad de pensamiento en el primer caso;

33°. Que, asimismo, cabe indicar que la única expresión de la objeción de conciencia en los tratados de derechos humanos se circunscribe a una tesis interpretativa en orden a no considerar como trabajo forzoso u obligatorio el servicio militar así como el servicio nacional sustitutorio de éste, "en los países donde se admite la exención por razones de conciencia" (artículo 8.3.c)ii) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por tanto, reconoce la objeción de conciencia pero como una cuestión competencial del derecho interno de los Estados;

34°. Que otra consecuencia de esta consideración amplia que hemos defendido en este voto disidente reside en el hecho de que es admisible una objeción de conciencia fundada en convicciones de naturaleza moral y no

únicamente de orden religioso, como reacción a la vulneración de la conciencia por mandatos legislativos;

35°. Que no basta con preservar la extensión de la conciencia a través de las convicciones personales sino que hemos de definir cuándo se puede invocar objeción de conciencia y quiénes pueden invocarla. Desde ya estas consideraciones parten de la base que hace parte del núcleo de la objeción de conciencia estos dos dilemas, más allá de la decisión del legislador;

D.- La objeción de conciencia: las características de su núcleo indisponible.

36°. Que reconocida la constatación constitucional de la objeción de conciencia cabe identificar su núcleo indisponible como elementos que caracterizan esta figura. Para esta identificación hemos trabajado sobre un conjunto de trabajos doctrinarios nacionales y extranjeros que se reseñan pero respecto de los cuales se ha construido una forma diferente no imputable a estos autores [Ramón Soriano, *Las libertades públicas*, Tecnos; Luis Prieto Sanchís (2006), "Libertad y objeción de conciencia" en *Persona y Derechos*, N° 54; Luis Prieto Sanchís (2011), "La objeción de conciencia sanitaria", en Marina Gascón, María del Carmen González y Josefa Cantero (coordinadoras), *Derecho Sanitario y Bioética*, Tirant lo Blanch; Diego Papayannis, "La objeción de conciencia en el marco de la razón pública", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*; Ángela Aparisi y José López (2006), "El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto" en *Persona y bioética*, Revista N° 1, Volumen 10; Javier García y Frank Cranmer (2010), "Objeción de conciencia al aborto en el Reino Unido" en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* N° 23; Karin Neira y Esteban Szmulewicz (2006), "Algunas reflexiones en torno al

derecho general de objeción de conciencia", *Derecho y Humanidades*, N° 12];

37°. Que estos requisitos son: primero, existencia de una obligación legal injusta. Segundo, que el objetor esté en una encrucijada moral insoslayable de la que no tenga escapatoria. Tercero, que no exista un bien jurídico superior que permita ponderar el sacrificio de la conciencia. Cuarto, que la reacción de la conciencia se dé dentro de un marco normativo regulado restrictivamente por el legislador. Quinto, que la titularidad de la conciencia debe estar acorde a la naturaleza del conflicto planteado. Sexto, que se trate de un comportamiento omisivo del objetor. Séptimo, que el conflicto de la conciencia se fundamente en razones religiosas, éticas, morales o axiológicas. Octavo, que la exención de la ley opere como una excepción al principio de cumplimiento general de la ley y, noveno, que la objeción de conciencia no afecte los derechos de terceros;

1.- Obligación legal injusta.

38°. Que salvo la referencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [artículo 8.3.c).ii)] a la hipótesis del servicio militar obligatorio, el conjunto de obligaciones injustas deben darse de un modo inequívoco. Por ejemplo, la propia Constitución configura una hipótesis que algunas personas podrían estimar injusta, a raíz de los juramentos promisorios previos para el desempeño de un cargo público, en el nombre de creencias que no son las suyas. Sin embargo, la propia Constitución en el inciso tercero del artículo 27 lo define como "juramento o promesa", desvirtuando toda hipótesis injusticia;

39°. Que la injusticia de la obligación reside en un conjunto específico de circunstancias que debe ser

verificada caso a caso. Por lo mismo, si existe dificultad de establecer un estatuto constitucional de todos los deberes, con mayor razón de las posibilidades de exención por razones de conciencia de los mismos. En tal sentido, la disyuntiva se ha de plantear en términos intensos y los casos para los cuales ha sido planteados reflejan una cierta gradiente de intensidad. El caso más paradigmático es la realización del servicio militar obligatorio respecto de personas que no pueden portar armas por fuertes convicciones religiosas. De la misma manera, el caso de objeción al aborto que ya veremos. Y aún otros ejemplos como el de objeción fiscal, en cuanto utilización de los tributos para usos incompatibles con mis creencias;

2.- Encrucijada moral insoslayable.

40°. Que no basta con identificar una injusticia en un mandato legal para autorizar una reacción objetora. Cabe una cuestión adicional: debe tratarse de una situación límite respecto de la cual no hay otro marco de conducta posible. La carencia de alternativas es lo que agudiza la conciencia humana, puesto que la ley hay que cumplirla de un modo tal que el sujeto se vea impelido a vulnerar su propia conciencia al actuar conforme a la ley;

41°. Que esta encrucijada debe ser de tal modo inevitable que cualquiera opción que se abra determina un reforzamiento del cumplimiento de la ley. Por lo mismo, la propia legislación de muchos países estima compatible el deber de realizar el servicio militar obligatorio con una objeción de conciencia limitada a un aspecto de éste, el de portar armar, pero no al impedimento de realizar otros servicios sustitutivos. Simplemente hay más opciones y no es insoslayable el sacrificio. Asimismo, la jurisprudencia en algunos casos ha sostenido con claridad que tampoco se puede tener una visión exacerbada del

dilema moral porque a veces el drama ya ha acontecido. Tal es el caso de todos los actos posteriores a un aborto como lo ha sostenido la Sentencia Rol UKSC 2014/68, del 17 de diciembre de 2014 de la Corte Suprema del Reino Unido;

3.- Inexistencia de bienes jurídicos superiores a la objeción de conciencia.

42°. Que la obligación injusta y sin salida no configuran por sí mismo los requisitos para invocar a todo evento la existencia de una objeción de conciencia. Esto solo corresponde a la delimitación jurídica de la objeción que permite que esta figura opere dentro del ordenamiento. Sin embargo, una tesis de esta naturaleza implicaría que la objeción de conciencia es un absoluto carente de todo tipo de límites, con lo que vulneraría la propia Constitución en el artículo 19, numeral 6°, puesto que su inciso primero somete la libertad de conciencia al cumplimiento de límites: la moral, las buenas costumbres y el orden público. No es posible que la libertad explícita esté sometida a límites y la objeción refleje carezca de éstos;

43°. Que este es el ejemplo de la necesaria ponderación de bienes jurídicos que hay que realizar en casos que siendo insoslayables, refieren a un bien jurídico superior. Por ejemplo, la existencia de la primera causal frente a una hipótesis límite de interposición de la objeción de conciencia debe ceder necesariamente frente al riesgo de vida de la madre. Este ejercicio no es más que la simple contrastación de la equivalencia de normas por jerarquía. Aquí hemos indicado que la objeción de conciencia es parte del contenido constitucional de la libertad de conciencia como un efecto reflejo del mismo que debe articularse en relación con la titularidad indudable del derecho a la vida de la mujer, así como de

sus derechos a la integridad física y psíquica y de protección de su salud;

4.- Marco regulatorio de la objeción de conciencia.

44°. Que una de las consecuencias más evidentes de la consideración de un contenido constitucional protegido en el reflejo reactivo de la libertad de conciencia es que no es posible considerar una objeción de conciencia específica. La Constitución reconoce la reacción protectora de la conciencia, pero no se puede deducir de ella ninguna modalidad específica de objeción de conciencia. Por lo mismo, es absolutamente imprescindible la existencia de un marco regulatorio que sea definido por el legislador caso a caso;

45°. Que se puede sostener que existe una especie de derecho general de objeción de conciencia que supliría la inexistencia de causas especiales de objeción [Neira y Szmulewicz (2006), pp. 195-197]. Si bien es dudoso partir de esa consideración, en cualquier circunstancia se ha de tratar de posiciones *prima facie* entendidas como principios. Puesto que si se considerara que existe un derecho general de objeción de conciencia como una regla definitiva, ello se asimilaría a un inaceptable "derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias" (Sentencia del Tribunal Supremo español de 11 de febrero de 2009). La mayor o menor fidelidad a su autenticidad no es un título para eximirse de todo el derecho;

46°. Que la consecuencia jurisprudencial de este antecedente es que no es posible concebir modalidades específicas de objeción de conciencia que carezcan de regulación. No existe en el derecho comparado objeciones de conciencia del todo desreguladas o desformalizadas. Tampoco existen aquellas que son configuradas, complementadas o definidas mediante actos

jurisdiccionales que crean expectativas de derechos de alcance general. La única manera de establecer una objeción de conciencia es a través del ejercicio de la potestad legislativa, siendo el Congreso Nacional el que determine sus beneficiarios, delinee sus contornos normativos, fije sus requisitos y establezca el procedimiento;

47°. Que la objeción de conciencia está regulada en beneficio del objetor, puesto que éste ha de tener certeza que su insumisión tiene un sentido normativo práctico que lo liberará de responsabilidad y que atribuirá dicho deber a otra persona u órgano. Todo lo cual exige una mandato legal expreso;

5.- Titularidad acorde a la naturaleza del conflicto de conciencia.

48°. Que otro requisito es verificar hasta dónde alcanza la titularidad de la objeción de conciencia. Y en estos hay demasiadas constataciones de que la titularidad de la libertad de conciencia abarca únicamente a las personas naturales. Se corresponde con su sentido etimológico, psicológico, jurídico y práctico. Por de pronto, hay juristas de la más diversa adscripción filosófica que así lo acreditan. "Dado que la conciencia solo se predica de la persona singular, la libertad de conciencia tiene por titular, únicamente, a las personas individualmente consideradas y no a las comunidades o grupos" (Aparisi y López: 2006, p. 38). Y lo anterior se deriva de la naturaleza misma de la objeción. No podemos soslayar que la voz "conciencia" en cualquiera de sus versiones está siempre referida a las personas naturales. En cinco acepciones pertinentes de la Real Academia Española todas llevan a esa misma conclusión: "1. f. Conocimiento del bien y del mal que permite a la persona enjuiciar moralmente la realidad y los actos, especialmente los

propios. 2. f. Sentido moral o ético propios de una persona. *Son gentes sin conciencia.* 3. f. Conocimiento espontáneo y más o menos vago de una realidad. *No tenía conciencia de haber ofendido a nadie.* 4. f. Conocimiento claro y reflexivo de la realidad. *Aquí hay poca conciencia ecológica.* 6. f. Fil. Actividad mental del propio sujeto que permite sentirse presente en el mundo y en la realidad." En diccionarios especializados tampoco hay duda: "en lo psicológico, autoconocimiento humano y reconocimiento de la propia individualidad; en lo intelectual, conocimiento reflexivo y exacto; en lo ético, facultad moral que distingue el bien y el mal; Figuradamente, proceder sano, conducta justa" (Guillermo Cabanellas (1982), *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Tomo II, Editorial Heliasta, Argentina, p.254). Desde el punto de vista psicológico, la conciencia "es el pináculo de la evolución del sistema nervioso. Es un proceso mental, es decir, neuronal, mediante el cual nos percatamos del yo y de su entorno en el dominio del tiempo y del espacio (...)" [Natalia Consuegra (2011), *Diccionario de Psicología*, Ecoe Ediciones, Bogotá, pp. 49]. Y, finalmente, la práctica de los tribunales de justicia en diversos lugares del mundo la han reconducido a esa misma titularidad natural. Simplemente como por ejemplo, así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional de Perú en el Exp. N° 0895-2001;

49°. Que la libertad de conciencia y su objeción consiguiente solo pueden estar adscritas a personas que tengan capacidad volitiva de conciencia. Y acorde a su naturaleza éstas no son sino las personas humanas. Conforme al epígrafe del artículo 19, los derechos son los correspondientes a "todas las personas", siendo necesario aplicar una tesis extensiva a las personas jurídicas "en cuanto sean acordes a su propia condición";

50°. Que quizás por lo mismo, autores nacionales afinquen el establecimiento de esta objeción fuera de las

personas naturales, configurando una interpretación ya fuera de esta libertad de conciencia y la vinculen al derecho de las asociaciones, reconocidas tanto en el artículo 1º, inciso tercero de la Constitución, como en la garantía específica del artículo 19, numeral 15º de la misma, así como en la libertad religiosa. (Manuel Antonio Núñez, "Convicciones éticas institucionales y objeción de conciencia colectiva en el sector sanitario público y privado", en Lidia Casas y Delfina Lawson (2016), *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*", Universidad Diego Portales);

6.- Comportamiento omisivo del objetor.

51º. Que la conducta del objetor consiste en la mera omisión. Diferenciada radicalmente de la desobediencia política y de la articulación de una reforma al sistema normativo que impone el deber legal, la objeción de conciencia reposa en ser "un método pacífico y con absoluto respeto al proceso democrático. El objetor de conciencia tan solo reclama pacíficamente el respeto a una condición ética o de justicia que es parte de su propia identidad personal" (Aparisi y López (2006), p. 40);

52º. Que la sola constatación de que se necesiten normas complementarias, interpretaciones jurídicas o jurisdiccionales subsidiarias o el auxilio eventual del legislador implica salirse de la figura de la objeción de conciencia esencialmente reactiva y pasiva;

7.- Fundamento ético, religioso o axiológico de la objeción de la conciencia.

53º. Que es fundamental reconocer que en el ordenamiento chileno la invocación de la objeción de

conciencia es de amplio espectro ideológico y no está reservado solo a las convicciones personales de origen religioso. Ya describimos que la Constitución (artículo 19, numeral 6°) ampara desde lo general (conciencia) hacia lo específico (religioso). Por lo mismo, la consecuencia natural es que la objeción sigue la suerte del objetor y no de la forma jurídica de la entidad en que éste trabaje o a la que se vincule. Y no puede ser de otra manera ya que "el Estado está al servicio de la persona humana", siendo sus convicciones un reducto respecto del cual no puede haber imposiciones que las vulneren;

8.- Que la objeción de conciencia es una excepción a la generalidad de la ley.

54°. Que otra diferencia que se deriva de la actitud beligerante contra la ley, propia del desobediente, es que éste lucha contra la injusticia de la norma y, por lo mismo, desea reformarla. En cambio, el objetor entiende que ese mandato es injusto respecto de sus convicciones pero puede no estimarlo así respecto de la sociedad ni pide que no se aplique la norma. Por tanto, lo que busca es eximirse de su mandato de generalidad, configurando técnicamente una excepción;

9.- Que la objeción de conciencia no afecte los derechos de terceros respecto de los cuales existen otras obligaciones jurídicas.

55°. Que la objeción de conciencia es una excepción personal, omisiva y regulada que puede ceder frente a bienes jurídicos superiores en función de la naturaleza del deber jurídico exigido. Esto exige mirar los efectos de los deberes y en favor de quiénes están establecidos.

"Raz distingue entre deberes paternalistas, o que benefician al mismo objetor, deberes en relación con otras personas determinadas, y deberes en relación con el interés público. Considera que la objeción de conciencia es más difícil de conceder en la segunda clase de deberes jurídicos, porque en el primer caso, se trata de deberes favorables al individuo obligado a cumplirlos, que puede preferir objetar a la norma que le beneficia, y en el tercer caso, de normas que conceden cierta flexibilidad en virtud de la insignificante contribución de cada una de las personas obligadas" [Soriano, 1990: p. 28];

56°. Que sin perjuicio de los matices que hace el propio autor, esta distinción refuerza la idea de que hay deberes que pueden ser transferidos con mayor libertad, como es el ejemplo del servicio militar obligatorio, puesto que su aporte al bienestar general es menor. Hay miles de ciudadanos que pueden ocupar dicha función anualmente. Habrá otros que atienden a su consideración personalísima sin afectar más que al propio objetor, como es el ejemplo del que se niega a realizar un juramento perjudicándose. En cambio, hay un espacio intermedio en dónde no hay puros deberes personalísimos ni rasgos genéricos de interés público. Existen derechos fundamentales y un conjunto menor de personas impelido por la ley a cumplir el mandato normativo exigido por la ley. Dentro de éstos se inscribe la objeción al aborto;

57°. Que como el carácter de estas obligaciones es más intenso cuando están vinculados los derechos de terceros, en este caso la madre en situaciones límites, no es posible sostener excepciones en el aire, sin una minuciosa descripción de los deslindes relativos a las titularidades invocadas, los contenidos de la objeción de conciencia y sus efectos. Por lo mismo, "la objeción debe ser asimilada por el ordenamiento jurídico democrático, como forma de libertad ideológica y de conciencia, cuando supone la negación de deberes jurídicos transferibles,

intercambiables y de efectos negativos no relevantes para terceros" [Soriano, 1990: 31];

V.- Criterios interpretativos de este voto.

58°. Que conforme a lo explicado cabe delinear los criterios interpretativos para abocarse, con posterioridad, a fundar el rechazo de los requerimientos y estimar la constitucionalidad de las tres objeciones de conciencia planteadas por una minoría parlamentaria en relación con el caso especial de la objeción a un procedimiento médico de interrupción de un embarazo;

59°. Que hay criterios interpretativos de naturaleza general que abarcan a todas las objeciones de conciencia. Y habrá otros que serán específicos de la expectativa normativa de extender la objeción de conciencia a determinadas personas jurídicas;

1.- La objeción de conciencia exige regulación.

60°. Que hemos sostenido que la objeción de conciencia se deduce de la libertad de conciencia. Sin embargo, se deduce de un modo que establece tan solo una disposición genérica para objetar, como una posición jurídica a primera vista, y que debe armonizarse con otros derechos y bienes jurídicos involucrados. Las objeciones son excepcionales y deben interpretarse de un modo restrictivo. Hasta aquí podemos extender al máximo la disposición del artículo 19, numeral 6°, de la Constitución puesto que no es posible indicar qué tipos de objeciones de conciencia defina el legislador. Solo que la Constitución dispone un título habilitante al legislador para disponerlas;

61°. Que la definición de la titularidad, el contenido, el procedimiento, los requisitos y los efectos de la

interposición de la objeción de conciencia en razón del aborto depende enteramente de la definición del legislador. Por lo mismo, resulta contradictorio que lo solicitado por los requirentes haya sido declarar la inconstitucionalidad completa de la objeción de conciencia a la interrupción del embarazo. Lo entendemos solo como una manifestación de disidencia a toda la ley pero no a una facultad de las personas con sólidos vínculos constitucionales;

2.- La objeción al aborto se inserta dentro de la regulación constitucional y legal.

62°. Que el proyecto de ley en su artículo 1° numeral 3°, introduce una nueva regulación en el artículo 119 ter del Código Sanitario creando la objeción de conciencia al aborto. El artículo 1° del Código Sanitario regula el fomento, protección y recuperación de la salud, "salvo aquellas sometidas a otras leyes". Se dedica todo el Libro V al ejercicio de la medicina y profesiones afines, dentro del cual se inserta el mencionado precepto cuestionado;

63°. Que en este entendido, la ley introdujo tres causales de justificación al aborto las que esta Magistratura estimó constitucionales. En tal sentido, se insertan dentro del ordenamiento constitucional que dispone el "derecho a la protección de la salud" (artículo 19, numeral 9° de la Constitución). Siendo deber del Estado proteger "el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo". Para ello, el Estado debe "garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privada, en la forma y condiciones que determine la ley". En esta tarea, los órganos estatales correspondientes deberán tener particular atención a la

"coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud". Por último, debe mantener abierto el derecho de toda persona a "elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado";

64°. Que, a su vez, la misma normativa del proyecto de ley indicado remite a la Ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud;

65°. Que esta es la normativa esencial para identificar este problema planteado por las diversas objeciones de conciencia cuestionadas sin perjuicio de aspectos institucionales, financieros o de planificación de las prestaciones de salud que se desenvuelven en un ámbito de estricta legalidad;

3.- Que la objeción de conciencia se integra dentro de una acción de salud repleta de deberes que no autorizan eximición.

66°. Que toda acción de salud es parte de un procedimiento y la interrupción al embarazo no es excepción a este estatuto constitucional, legal y reglamentario. De hecho partimos de la base, a raíz de la habilitación legal de este mismo proyecto de ley, que la objeción de conciencia al aborto por parte de los titulares de este derecho no puede interponerse de un modo espontáneo o desformalizado. Al margen de la titularidad que ya veremos, la objeción de conciencia debe interponerse ante el Director del establecimiento médico en forma previa y escrita. Solo esta carga personal, de fácil cumplimiento, traslada el deber de "coordinación" (inciso tercero del numeral 9° del artículo 19 de la Constitución) a quienes habían organizado las acciones de salud de un determinado modo. La falta de oportunidad y de formalidad, de la

interposición de la objeción, afectaría sensibles bienes jurídicos constitucionales;

67°. Que no es el único requisito puesto que hay pasos previos relativos a centrar la atención en el paciente y en sus derechos a la seguridad de la prestación; a un trato digno; a una información suficiente, oportuna, veraz y comprensible y el derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento (artículos 4°, 5°, 8° y 14° de la Ley N° 20.584, respectivamente). En el marco de estos derechos generales del paciente, la carga de atender recae en plenitud sobre el establecimiento. Si el profesional tratante ha comunicado previamente y por escrito su condición de objetor, recaerá en el centro el deber de reasignar el tratamiento con otro profesional no objetor. Si no existiere otro profesional en todo el centro existe la obligación de derivar a la paciente a otro establecimiento hospitalario. La dimensión de la derivación a otro centro hospitalario implica el permanente deber de garantizar el "libre e igualitario acceso" a las acciones de salud. E incluso en casos de atención médica inmediata e impostergable la objeción de conciencia debe ceder ante el imperativo ético-médico;

68°. Que, por tanto, la objeción no es automática, está sometida a procedimientos, concatenada a un conjunto de pasos, lo que exige reforzar los esfuerzos de coordinación y, transcurridos todos ellos, aún no está asegurada la válida interposición de la objeción en casos de riesgo límite para la madre. Nada de esto se improvisa y todo debe estar sujeto a previas planificaciones y programaciones en el marco de la Constitución, las leyes y los protocolos del Ministerio de Salud "necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia";

69°. Que la exención de la obligación legal injusta por razones de conciencia solo afectan el acto mismo de la interrupción del embarazo dentro de un pabellón

quirúrgico. Ni los actos preparatorios ni los actos posteriores son susceptibles de tal exención. Si existiese una extensión desmedida de tal eximición, simplemente habría un trato negligente de tal naturaleza que no dudaríamos en definirlo de discriminatorio y violatorio del libre e igualitario acceso a esta prestación de salud. Todo lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad de que de ésta se deduzca así como de los impactos en la coordinación interinstitucional del sistema de salud;

4.- La objeción de conciencia no es un título general de exención del ordenamiento ni una modalidad para discriminar.

70°. Que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido conteste en estimar que cualquiera figura jurídica que implique exonerarse de deberes legales no puede presumirse ni consagrarse de modo absoluto, general e incondicionado ni menos desprenderse de una norma constitucional. Es así como ha estimado que es deber del legislador configurar una exención tributaria (Sentencia Rol 1234); una exención de pago por el deber de cancelar las patentes por no uso de derechos de aguas (Sentencia Rol 2881); por las reglas de definición de un beneficio tributario (Sentencia Rol 1452) o de exenciones en el pago del crédito universitario (Sentencia Rol 2865). Asimismo, es parte de las "bases esenciales de todo ordenamiento jurídico" (artículo 63, numeral 20 de la Constitución) el definir los contornos de la regulación complementaria para configurar una exención o un beneficio (Sentencia Rol 2614);

71°. Que este criterio es evidente puesto que la objeción de conciencia implica sustraerse del mandato de la igual aplicación de la ley para todos. Por tanto, no cabe configurar nuevas exenciones mediante una

interpretación, no cabe ampliar titularidades sin atender a sus efectos y resulta ajena a nuestras competencias configurar un estatuto de excepción;

72°. Que, de la misma manera, al explicarse la objeción de conciencia de un modo restrictivo, parece claro que en la diferencia de trato autorizada por la Constitución, no se puede comportar de un modo arbitrario y discriminatorio. La objeción de conciencia levanta el deber de actuar por el conflicto de conciencia, pero no autoriza a discriminar. En ello no solo está el mandato genérico del artículo 19, numeral 2° de la Constitución, sino que la regla más precisa de obligación en torno al libre e igualitario acceso a las acciones de salud, que demanda el derecho de protección de la salud en el artículo 19, numeral 9° de la Constitución;

5.- La objeción de conciencia tiene límites en el orden público y en la moral.

73°. Que la objeción de conciencia comparte las características de la libertad de conciencia incluyendo sus límites establecidos en el artículo 19, numeral 6° de la Constitución. Dentro de ellos cabe destacar que la interposición de una objeción de conciencia que devenga en el riesgo vital de la madre configura una evidente transgresión de la moral, en cuanto vulnera de modo grave la ética profesional;

74°. Que de la misma manera no es razonable desconocer las etapas preparatorias de una acción de salud ni las posteriores en caso de haberlas. Tampoco actuar de un modo negligente desconociendo las formalidades de la interposición de la objeción de conciencia y los deberes de preparación, tratamiento, reasignación profesional y derivación, en caso que fuese necesario. Asimismo, la tardanza en la atención médica en el caso de la tercera causal en relación con plazos estrechos. Todas estas

trabas, impedimentos e incumplimientos legales o normativos configurarían reglas que afectan el orden público en el ejercicio de un derecho fundamental como es el de la protección a la salud;

6.- El diseño institucional del sector salud está basado en un esquema de colaboración público-privada que impone deberes de seguridad social.

75°. Que el derecho de protección de la salud se articula en nuestro país a través de acciones públicas y privadas. Se exige coordinación interinstitucional y se garantiza siempre el derecho de opción de las personas entre instituciones públicas o privadas, según mandatos ya reiterados desde la Constitución;

76°. Que en tal sentido, todo el sector salud tiene un sistema completo diseñado para la coordinación y su adecuada fiscalización. Los hospitales y clínicas que integran el sector salud, constituyen el sistema nacional de salud (artículo 2° del DFL N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud). Y el Ministerio mismo fiscaliza el debido cumplimiento de normas en materia de salud (artículo 4, numeral 3° del DFL N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud). Justamente esa tarea es del SEREMI de Salud (artículos 4° y 12 N° 1 del DFL n° 1, de 2006, del Ministerio de Salud);

77°. Que el Tribunal ha sostenido que "posible es inferir no sólo que los particulares pueden coadyuvar con el Estado en su deber de garantizar el derecho fundamental a la protección de la salud, lo que se halla en plena armonía con el principio de subsidiariedad que reconoce la Carta Fundamental, sino que, además, tales instituciones, al hacerlo en relación a sus afiliados, se sitúan en un plano análogo al de su titular originario, el Estado." (STC Rol N° 1287, c. 52°). Las instituciones privadas que colaboran en la ejecución de acciones de

salud tienen características y deberes específicos, que justifican una mayor intervención estatal. En efecto, las acciones de salud son prestaciones de promoción, protección, recuperación y rehabilitación del individuo, y el Estado tiene el deber preferente de garantizar su ejecución. Tal deber se realiza a través de instituciones públicas y privadas, "en la forma y condiciones que determine la ley". Esta regulación incluye a la ley y a la potestad normativa de los órganos de la Administración que controlan y coordinan las acciones relacionadas con la salud (STC Rol N° 1710, c. 123°);

78°. Que, en consecuencia, no se trata entonces de asociaciones que tengan plena autonomía para definir sus fines y las formas de ejecutarlos. Son instituciones que complementan un deber estatal preferente, bajo el control y coordinación del Estado, y en el que las personas tienen el derecho acceder de forma libre e igualitaria a acciones de salud, y a elegir libremente el sistema de salud al que desean acogerse;

7.- Las objeciones de conciencia personales y los idearios institucionales son dos estatutos diferentes que pueden llegar a ser incompatibles.

79°. Que la objeción de conciencia personal es propia de la dimensión individual de la conciencia, según ya lo vimos desde reiteradas conceptualizaciones etimológicas, filosóficas, psicológicas y jurídicas, y no puede ser trasladada de un modo irreflexivo a las personas jurídicas;

80°. Que la posición de esta minoría concuerda con el proyecto de ley, al restringir la objeción de conciencia a personas naturales y negarla para las personas jurídicas. Esta afirmación no es pacífica, y han existido múltiples debates doctrinarios en nuestro país y en el extranjero. Se ha sostenido que ciertas personas

jurídicas ejercen derechos relativos a la libertad de conciencia y de religión, al adscribir en sus estatutos a determinadas creencias religiosas. En este caso, la institución "se encuentra jurídicamente autorizada para conducirse de acuerdo a sus creencias -por cierto, compatibles con el derecho público-, lo cual transfiere al Estado el deber de procurar prestaciones que éstas no puedan proporcionar de acuerdo a su propia normativa y estatutos, conocidos y reconocidos por el propio Estado." [VIVANCO, Ángela (2016) "La objeción de conciencia como derecho constitucional. Una especial mención a la objeción de conciencia ante la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, propuesta en el caso chileno", en Casas, Lidia y Lawson Delfina (comp.), *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile* (Santiago, LOM), pp. 179-208, p. 198]. Esta situación no ha de entenderse como una objeción de conciencia, sino "como una limitación a las exigencias que el Estado puede efectuar a las referidas instituciones, dado que el mismo Estado les ha reconocido el derecho estatutario a adscribir a determinadas creencias religiosas y a conducirse de acuerdo a dicha adscripción." [VIVANCO, Ángela ob. cit., p. 197];

81°. Que, también se ha afirmado que la libertad de asociación y la libertad de creencias contemplan un cariz colectivo, que ejercen instituciones privadas de tendencia. "La libertad de las asociaciones, unida a la autonomía que la Constitución chilena reconoce a los cuerpos intermedios, presupone la capacidad para determinar fines y escoger los medios" [NÚÑEZ, Manuel (2016): "Convicciones éticas institucionales y objeción de conciencia colectiva en el sector sanitario público y privado", en Casas, Lidia y Lawson Delfina (comp.), *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile* (Santiago, LOM), pp. 209-227, p. 217]. De

este modo, "si el derecho protege creencias morales, religiosas o políticas que tienen un potencial excluyente respecto de quien no comparte esas creencias, entonces también debe reconocer su correlato en los ámbitos sociales en que se desenvuelven esas creencias, como suelen ser la educación, el trabajo y la salud" [NÚÑEZ, Manuel ob. cit., p. 218];

82°. Que estas creencias implican una interpretación que reduce el alcance amplio de la hipótesis de la objeción de conciencia institucional solo a aquellas que pueden manifestar un determinado ideario. Esta conclusión es parcial pero significativa, puesto que limita el alcance de las instituciones que podrían identificar un ideario a un conjunto muy limitado de organizaciones. Primero, aunque resulte obvio hay que descartar que las instituciones públicas puedan invocar otro ideario diferente que la sola pertenencia a la estructura pública estatal sin ejercicio de libertad de conciencia alguna. Aunque reiteramos que la voluntad de los integrantes individuales que trabajan en el sector público pueden manifestar su objeción de conciencia personal. En segundo lugar, descartamos a todas aquellas instituciones que carecen de un sentido denso de creencias. Pueden estar muy arraigados en la población chilena, como puede ser el ejemplo de las diferentes compañías de bomberos, pero no tienen un cuerpo dogmático que pueda ser revestido como fuente de convicciones ideológicas propias. Por tanto, no basta con ser asociación ni ejercer la voluntad colectiva propia de las mismas para entender que ellas puedan equipararse a la conciencia individual. En tercer lugar, el ámbito de la libertad de asociación, que otorga personalidad jurídica a todas las asociaciones privadas que se constituyen de conformidad con la ley, requeriría una conexión especial con una modalidad específica de asociaciones que tienen ese cuerpo doctrinario que un estatuto normativo no te puede otorgar. Las creencias

solo pueden encontrarse fuera del artículo 19, numeral 15° de la Constitución. Por de pronto, tampoco se encuentra en ese conjunto de reglas sanitarias que identifican los denominados prestadores institucionales de salud (artículo 3° de la Ley N° 20.584). Para sostener la tesis de la objeción de conciencia institucional se afinca en estatutos constitucionales que admiten la hipótesis de idearios institucionales, los que se encuentran en el mundo religioso (artículo 19, numeral 6°) y en el ámbito educacional (artículo 19, numeral 11°);

83°. Que en nuestro concepto esta tesis es errada porque desborda los mecanismos institucionales desnaturalizándolos en búsqueda de una protección más amplia, en circunstancia que la Constitución le define la propia solución. Las instituciones que tienen ideario y cuya dirección podría estimar que es necesario impetrar la objeción de conciencia, deben hacer constar tal requerimiento en las relaciones al interior de sus miembros;

84°. Que para ello la Constitución admite la fórmula de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales ("Los preceptos de esta Constitución obligan a (...) toda persona, institución o grupo", artículo 6°, inciso segundo de la Constitución). Por tanto, el ideario institucional admite la hipótesis de que se contemplen mecanismos de adhesión a determinados valores que podrían tornar incompatible una determinada prestación de salud, en razón de la objeción moral al aborto. Esas determinaciones puede darlas a conocer a sus integrantes. Sin embargo, eso no es objeción de conciencia, puesto que siempre los miembros individuales mantienen incólume su libertad de conciencia reflexiva y pueden estimar el mejor modo de reaccionar frente a esa conciencia vulnerada. En este caso, los integrantes de esta institución podrían estar sometidos a una doble

infracción a su conciencia. Primero, la propia de la objeción individual relativas al hecho legalmente impuesto como un deber incompatible con sus convicciones. Y, en segundo lugar, la orientación de una objeción institucional que no resulte compatible con sus convicciones personales y que atente contra su sentido ético profesional. Por tanto, no se puede en nombre de la objeción de conciencia facultar la infracción a la conciencia de sus integrantes;

85°. Que la solución no es forzar el atajo de una conciencia institucional que tomaría tiempo en identificar. ¿La de los controladores, la del director, la del gestor, la de la iglesia que los sustenta, la decisión de una mayoría de accionistas, la de un voto de calidad dentro del directorio, la de un consejo ético asesor, la del Comité de Ética institucional, etc.? Tampoco el solo hecho de pertenecer a una entidad religiosa puede implicar que éstas se opongan a todo evento a la realización del procedimiento médico del aborto. A veces pueden tomar la decisión en un sentido exactamente contrario como un testimonio de excepción. Y, ¿en qué pie quedan los derechos de sus integrantes? ¿Vamos a presumir que son objetores de conciencia o que ninguno de ellos lo es? ¿Acaso vamos a vulnerar la vida privada de los profesionales que trabajan en estos recintos médicos y los vamos a obligar a declarar su ideología, religión o creencias?;

86°. Que todo este conjunto de problemas se resuelve admitiendo que no existe una conciencia institucional y permitiendo que las relaciones entre los integrantes de una asociación y la persona jurídica de ésta se verifiquen mediante actos de lealtad. El mejor modo de proteger los derechos fundamentales de ambos no es forzando una conciencia revestida de ideario sino dejar los problemas limítrofes al ejercicio de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Según nuestra

jurisprudencia, esta garantía opera de un modo indirecto para limitar la autonomía de las instituciones en el ejercicio abusivo de derechos fundamentales de sus integrantes (Sentencia Rol 2626);

87°. Que es lícito que estas asociaciones adscriban a determinadas creencias religiosas, pero tal definición no totaliza la conciencia de las personas que trabajan en la institución. Es claro que quienes trabajan o pertenecen a una institución de salud con tendencia religiosa gozan igualmente del derecho a la libertad de conciencia asegurado por la Constitución. Asimismo, quienes son los titulares indiscutibles de la objeción de conciencia son las personas que se desempeñan como profesionales de la salud, y que ejecutarán directamente las acciones de salud relacionadas con el aborto. Así como un hospital o clínica no podría afirmar que todo su personal está obligado a efectuar abortos, tampoco podría asegurar que todos ellos son objetores, a menos que así conste fehacientemente. Las asociaciones tienen derecho, conforme a sus propios estatutos y dentro de los límites del Derecho del Trabajo, a contratar o despedir al personal que no adscriba a su ideario. A modo de ejemplo, la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Rommelfanger con Alemania* (1986) resolvió que no contraviene a la Convención que una institución de salud católica despida a un médico que suscribió una carta a un medio de comunicación, opinando a favor de la regulación legal del aborto. La Comisión estimó que si el empleador es una organización que se basa en determinadas convicciones y valores, forma parte de la libertad de expresión del empleador imponer ciertos deberes de lealtad a sus empleados. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al afirmar que "las comunidades religiosas pueden exigir un cierto grado de lealtad por parte de las personas que trabajan para ellas o que las representan." [Caso

Fernández Martínez con España, de 12 de junio 2014, párr. 131];

88°. Que cabe recordar que cuando la legislación garantiza estos determinados idearios institucionales, como es el caso de la cautela del proyecto educativo [literal f) del artículo 10 de la Ley General de Educación], estos idearios institucionales no pueden atentar contra la legislación vigente, incluyendo por cierto los propios derechos humanos de todos [literal f) del artículo 46 de la Ley General de Educación];

8.- La autonomía de las instituciones no es exención de ley.

89°. Que la Corte Constitucional de Colombia resolvió sobre este punto que "las personas jurídicas no son titulares del derecho a la objeción de conciencia y, por tanto, a las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud no les es permitido oponerse a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo [...] el ejercicio de la objeción de conciencia no se asimila a la simple opinión que se tenga sobre un asunto. Por el contrario, son las más íntimas y arraigadas convicciones del individuo las que pueden servir como fundamento para el ejercicio de este derecho. Esta característica es ajena a las personas jurídicas, que en su constitución y ejercicio pueden concretar principios como la libertad de empresa o derechos fundamentales de sus socios, más éstos no podrán nunca transmitirles caracteres éticos y morales propios y exclusivos de las personas naturales." (Sentencia T-388 de 2009). En cuanto a la distinción entre personas jurídicas públicas y privadas, la Corte recalcó que en este caso se trata de la prestación de un servicio público de salud, establecido y coordinado por el Estado. "En estos eventos no se está ante una institución privada que presta el servicio de salud en

condiciones establecidas por un acuerdo privado basado en la mera liberalidad de las partes involucradas; por el contrario, se trata de la implementación del sistema de salud público, creado y vigilado en su ejecución por el Estado y financiado con recursos públicos, en el que, aunque tienen oportunidad de participar personas jurídicas particulares, las reglas son muy lejanas a aquellas que regulan la primera situación mencionada. Cuando es el aspecto público el que prima en la prestación de un servicio [público], la autonomía privada debe entenderse drásticamente reducida, especialmente cuando se trata de la protección efectiva y real de derechos fundamentales como la salud, la vida, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.”;

90°. Que nuestra Constitución establece en el artículo 1°, que “las personas” nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que el Estado está “al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”. Respecto de las asociaciones, el Estado “reconoce y ampara los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.” El artículo 19 N° 15 asegura a las personas el derecho de asociarse sin permiso previo, y prohíbe las asociaciones contrarias a la moral, el orden público y la seguridad del Estado. Asimismo, el artículo 23 ordena a la ley sancionar a los grupos intermedios y sus dirigentes “que hagan mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce, interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos.”;

91°. Que el Tribunal Constitucional ha afirmado que “[l]as agrupaciones intermedias son todas las asociaciones distintas al aparato público, es decir, todas aquellas que no sean órganos del Estado en todas sus manifestaciones [...] Estas agrupaciones, ubicadas en la estructura social entre el Estado y la persona, y

creadas por los individuos, conforman la denominada "sociedad civil". Por eso, la Constitución señala que a través de estas asociaciones la sociedad "se organiza y estructura" (artículo 1°). Estas tienen fines propios distintos a los del Estado y sus órganos. Con ello se contribuye "a la riqueza de la trama social y, en último término, al bien común de la sociedad" (STC rol 226/95)." (STC Rol N° 1295, c. 55°). El Tribunal ha establecido que "[e]l derecho de asociación está constituido en un cierto sentido instrumental, al constituir las personas jurídicas herramientas de ejecución de los derechos y voluntades de las personas naturales que integran este colectivo. Lo regulado por la Constitución, sin perjuicio de algunos tipos de asociatividad específica, es la sociabilidad humana que se manifiesta en el derecho individual a asociarse y en el derecho colectivo a configurar un autogobierno de la organización." (STC Rol N° 2626, c. 18°). Asimismo, ha afirmado que "una asociación tiene el más amplio derecho a fundarse en el marco de una unión autónoma y voluntaria. Y que en virtud de su capacidad de autogobierno las asociaciones contemplan los derechos y obligaciones de sus propios integrantes." (STC Rol N° 2626, c. 21°). También ha señalado que "los grupos privados disponen de la libertad de asociación y de la autorregulación que permite un ejercicio colectivo del derecho asociativo, especialmente en la determinación de sus fines, medios, reglas internas y resolución de las diferencias que surjan al interior de sus asociados. Esta determinación genérica de autonomía no se contrapone a la capacidad del legislador de dictar normas generales y obligatorias válidas para todos los sujetos a un determinado ordenamiento jurídico. La potestad legislativa tiene rango constitucional y los grupos intermedios no están al margen de los mandatos del legislador. Todo lo anterior, porque la autonomía que la Constitución garantiza es la adecuada. La autonomía es



"inadecuada" cuando pretende ser invocada para realizar actividades ilegales, dañosas o ilícitas, o amparar excesos en la actuación del órgano que la invoca." (STC Rol N° 2731, c. 28°);

92°. Que, sin perjuicio de interpretar ampliamente la libertad de asociación y la autonomía de los grupos intermedios, el Tribunal ha estimado constitucionales específicas intervenciones legislativas. Así por ejemplo, ha afirmado que "la Ley N° 20.564 determina una diferencia puesto que describe el sentido público de los fines de Bomberos de Chile, en consonancia con el inciso final del artículo primero de la Constitución, en orden al deber estatal de "dar protección a la población" frente a riesgos, incendios y otras emergencias. En tal sentido, el legislador ha reconocido una especie de garantía institucional, puesto que regula la función pública del deber pero lo hace respetando que esas finalidades se satisfagan mediante formas organizativas privadas." (STC Rol N° 2626, c. 18°). También se ha pronunciado expresamente respecto de las instituciones privadas que garantizan prestaciones de seguridad social relacionadas con la salud, al afirmar que "el contrato que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público." (STC Rol N° 1710, c. 154°). Se ha sostenido lo mismo respecto de las universidades, al señalar que "tanto la autonomía económica como administrativa que la ley le confiere al establecimiento de educación superior (artículo 104, Ley General de Educación) está subordinada al cumplimiento de los

estatutos y de la ley. De esta manera, debe recordarse que las potestades que se entregan al Ministerio de Educación, son definidas por ley, conforme al artículo 65, inciso cuarto, N° 2, de la Constitución. Son ellas las que definen la forma organizativa que deben adoptar las instituciones de educación superior, las modalidades de acreditación, de recepción de subvenciones, etc." (STC Rol N° 2731, c. 30°). Así también respecto de establecimientos educacionales particulares subvencionados al afirmar que "la libertad de enseñanza no está al margen de las regulaciones que puede imponer el legislador, que la hagan posible y conciliable con el derecho a la educación." (STC Rol N° 2787, c. 42°);

93°. Que las instituciones que adscriben fuertemente a determinadas creencias o convicciones, tienen la autonomía para hacerlo, pero a la vez, su adecuada autonomía está supeditada a la regulación estatal en el ámbito de las acciones de salud. Muchas de estas organizaciones no sólo están bajo la supervigilancia del Estado, sino que suscriben convenios específicos con éste para garantizar prestaciones en modalidad de libre elección, para ejecutar garantías GES, para resolver cuestiones no contempladas en la salud pública, entre otros. Este tipo específico de asociaciones, por el área en la que se desenvuelven, están supeditadas a sus propios estatutos, pero también fuertemente a la ley y la regulación administrativa;

94°. Que si se admite la objeción de conciencia institucional en nuestro sistema de protección de la salud, el Estado no podrá cumplir su deber preferente de garantizar acciones de salud a través de instituciones privadas. La idea del sistema, que fue justamente prevenir el monopolio estatal, no podrá llevarse a cabo. Ello no sólo implica una serie de dificultades de organización y coordinación, sino que además limita el derecho de las personas a "elegir libremente" el sistema

de salud. Cuando el legislador democrático "adopta un estatuto permitiendo el aborto en determinadas situaciones, no puede establecer un marco regulatorio que limite las posibilidades efectivas de obtener un aborto." [Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso P. y S. v. Polonia, de 30 de octubre de 2012, párr. 58]. Asimismo, si el legislador establece acciones de salud relacionadas con la interrupción del embarazo, el Estado tiene el deber "de organizar el sistema de salud de tal forma que el ejercicio efectivo de la libertad de conciencia por parte de profesionales de la salud no impida a los pacientes acceder a servicios a que tienen derecho conforme a la regulación aplicable" [Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso P. y S. v. Polonia, de 30 de octubre de 2012, párr. 65]. Si además de la objeción de conciencia individual se admite una hipótesis de objeción institucional, el Estado no podrá cumplir su deber preferente, y la coordinación del sistema será excesivamente limitada;

9.- Los daños colaterales de la mal llamada objeción de conciencia institucional

95°. Que en consecuencia no se puede estimar que está dentro del núcleo de autogobierno colectivo de las asociaciones el eximirse de la ley, sustraerse de su cumplimiento y consagrar una expectativa de derecho que vulneraría toda regla de funcionamiento del Estado de Derecho. Bastaría pensar, por ejemplo, en la pretensión de sostener una objeción de conciencia fiscal, como una hipotética consecuencia del atributo de autogobierno de determinadas instituciones, para argumentar la imposibilidad de pagar tributos. Esta expectativa derivada de la extensión irreflexiva de la objeción de conciencia de personas jurídicas es tan falaz que el caso se cae por completo. En tal ejemplo, es la propia

Constitución la que declara que determinados templos y sus dependencias "estarán exentos de toda clase de contribuciones" (inciso tercero del numeral 6° del artículo 19 de la Constitución) en nombre del ejercicio de cultos y no como resultado de una objeción de una conciencia de dudoso sostenimiento;

VI.- Aplicación de estos criterios a las modalidades de objeción de conciencia impugnadas.

1.- Objeción de conciencia ampliada.

96°. Que de acuerdo a un buen conjunto de criterios ya sostenidos no es posible estimar que nos encontremos frente a una norma inconstitucional por las siguientes razones. Primero, porque la legislación sanitaria es la que especifica quién o quiénes son las personas susceptibles de ejercer, bajo la condición de prestador individual, los derechos y obligaciones propios del Libro V del Código Sanitario en donde está regulada esta objeción de conciencia (artículo 3° de la Ley N° 20.584). Por tanto, se trata de una cuestión de legalidad que no se resuelve, únicamente, con el concurso de esta norma sino que se ha de mirar el conjunto de la legislación sanitaria. En segundo lugar, porque el Tribunal Constitucional no puede crear exenciones de cumplimiento de la ley. Un activismo de esta naturaleza debilitaría la propia noción de la Constitución, puesto que habilitado constitucionalmente el proyecto de ley impugnado se cuestionaría mediante discriminaciones específicas. En tercer lugar, no podemos ampliar objetivamente esta objeción de conciencia, porque todos los actos preparatorios y los posteriores a la prestación médica de interrupción del embarazo quedan al margen de la objeción de conciencia. Se trata de actos que no configuran una

encrucijada moral insoslayable. Todos ofrecen alternativas e, incluso más, la propia ley las exige puesto que deben satisfacerse los deberes de tratamiento, reasignación profesional y derivación en el marco de procedimientos reglados para la interposición de la objeción de conciencia. Cuarto, que la dimensión subjetiva del personal no profesional que participa en una prestación de esta naturaleza está supeditada al desarrollo de los protocolos específicos que dicte el Ministerio de Salud para la ejecución de la objeción de conciencia. Se trata de un personal que no participa directamente en el acto y que no tiene la aptitud para producir el resultado que concluya dañando sus convicciones personales. No obstante, es admisible que algunos puedan estimar que son parte de un equipo médico que exige reglas y tratos igualitarios. Pero no parece ser la regla general que los derechos y obligaciones recaigan con la misma fuerza en determinados tipos de personal, incluso esta propia sentencia configura una dependencia inaceptable del derecho de objeción de conciencia del personal, porque su ejercicio queda supeditado a la decisión del médico original, dado que no existe regulación de la derivación del personal objetor no profesional;

2.- Objeción de conciencia sin excepciones.

97°. Que ya hemos sostenido que la objeción de conciencia comparte las características de la libertad de conciencia incluyendo sus límites establecidos en el artículo 19, numeral 6° de la Constitución. En consecuencia, la interposición de una objeción de conciencia que devenga en el riesgo vital de la madre configura una evidente transgresión de la moral, en cuanto vulnera de modo grave la ética profesional;

98°. Que estimamos que no existen dos opiniones acerca de la imposibilidad de abandonar a una paciente a su suerte, en caso de atención médica inmediata e impostergable, que al vincularse a la primera causal, solo puede significar el riesgo real y actual de peligro de la vida de la madre;

99°. Que en cuanto a la tardanza en la atención médica en el caso de la tercera causal en relación con plazos estrechos. Todas estas trabas, impedimentos e incumplimientos legales o normativos configurarían reglas que afectan el orden público en el ejercicio de un derecho fundamental como es el de la protección a la salud. Por tanto, estimamos que estas reglas se fundan en los límites constitucionales a la objeción de conciencia;

3.- Objeción de conciencia institucional.

100°. Que existe un conjunto amplio de razones para desestimar la hipotética inconstitucionalidad de la no extensión de la objeción de conciencia a determinadas instituciones. Primero, porque no es posible configurar el estatuto constitucional vulnerado cuando la regla de la objeción de conciencia solo nace de modo reflejo en el artículo 19, numeral 6° de la Constitución, en una circunstancia no comunicable a la libertad de asociación. Segundo, porque el Tribunal Constitucional no puede crear exenciones de ley. Tercero, porque es una cuestión de legalidad sortear que el ejercicio de la objeción de conciencia regulada en el artículo 119 ter del Código Sanitario solo alcanza a los prestadores individuales regulados en el Libro V de dicho Código y no a los prestadores institucionales. Cuarto, que los efectos colaterales de estas exenciones generarían expectativas de derechos que harían de la generalidad de la ley una excepción bajo el mero arbitrio de la voluntad colectiva de las asociaciones. Quinto, porque las instituciones no



tienen conciencia. Sexto, porque solo algunas instituciones tienen ideario. Séptimo, porque los valores de esos idearios pueden ser defendidos constitucionalmente mediante la aplicación indirecta de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Esto es esencial para garantizar que los derechos de sus miembros no sean sometidos a un abuso institucional de corte autoritario. Octavo, que una objeción de conciencia aplicable a las instituciones requeriría un conjunto amplio de regulaciones, en circunstancias que la objeción de conciencia es un mero ejercicio omisivo de algunas de ellas. Noveno, que el activismo de las instituciones que desean impetrar la objeción de conciencia orgánica las aproxima a un ejercicio de desobediencia de la ley en el marco del propósito de reformularla, lo que las excluye de la dimensión subjetiva del mero objetor. Décimo, porque hay países como Francia que permite la objeción de conciencia institucional, pero reguladas por la ley y no como dimanación de la libertad de conciencia, y solo aplicables para aquellas que no reciben subvenciones estatales de ningún tipo. Undécimo, porque su reconocimiento afectaría derechos de terceros que deben ser especificados por el legislador. Así, por ejemplo, los de la propia paciente, arriesgando una atención segura y conforme al respeto de su consentimiento. También de las Instituciones de Salud Previsional que deben financiar prestaciones que hacen parte del contenido del plan de salud de cada persona y que pueden terminar siendo excluidos por la modalidad de los planes, por ejemplo, los cerrados dejando al asegurador sin la posibilidad de cumplir un contrato. O de los propios prestadores, que se arriesgan a configurar una falta de servicio o un actuar negligente dependiendo el modo en que evolucione la objeción. O de los propios profesionales, que confrontados con sus instituciones pueden ver lesionada su propia conciencia. O del propio



estado que puede derivar en un amplio régimen de descoordinaciones. Duodécimo, porque el Tribunal Constitucional no puede repetir sentencias (como la Sentencia Rol 3016) creando expectativas de derecho al margen de toda regulación del legislador, debilitando la fuerza argumentativa de su propia jurisprudencia;

101°. Que, delimitadas las razones del rechazo de estos dos Ministros, cabe por último, constatar el efecto jurídico del estado de la inconstitucionalidad declarada por esta Magistratura en cuanto sus alcances sobre algunas de las modalidades de objeción de conciencia. La mayoría que estuvo por acoger estas objeciones, solo las mantuvo en lo relativo a especificar la objeción de conciencia ampliada a todo el personal que directamente ingresa al pabellón quirúrgico e interviene en la interrupción del embarazo, pero ajena a los actos preparatorios y posteriores al mismo. Además, acogió la eliminación de la invocación de conciencia como una facultad exclusivamente personal, en lo que estimamos la mal llamada objeción de conciencia institucional. Y, finalmente, acogió la objeción de conciencia en tratamientos de urgencia solo de la causal de violación, puesto que aún con plazos estrechos la mayoría estima que hay posibilidad de derivación. No ocurriría lo mismo en el caso de la primera causal que deriva en el riesgo de vida de la madre, por constituir una flagrante vulneración a la ética médica;

102°. Que, en fin, sirvan todo este conjunto de cien considerandos iniciales para estimar que todas estas supuestas inconstitucionalidades, por los argumentos conceptuales reflejados, por los criterios explicados y por su aplicación a las diversas modalidades de objeción impugnadas, carecen de todo sentido normativo y que nos llevan a sostener la constitucionalidad de toda la regulación de la objeción de conciencia.

Los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Iván Aróstica Maldonado, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y Cristián Letelier Aguilar estuvieron, además, por declarar inconstitucional todo el inciso final del artículo 119 ter del Código Sanitario, agregado por el artículo 1°, N° 3, del mismo Proyecto de Ley, por las siguientes razones:

1°. Que la norma cuestionada impide excusarse de realizar la interrupción del embarazo a quien, tratándose de atenciones médicas inmediatas e impostergables, haya manifestado su objeción de conciencia cuando dicha interrupción se requiera en los casos de los numerales 1) y 3) del nuevo artículo 119 del Código Sanitario. Esto es, en caso que la mujer se encuentre en riesgo vital y cuando el embarazo sea resultado de una violación y es inminente el vencimiento del plazo de 12 o de 14 semanas de gestación según corresponda. Además, la situación se configura cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención;

2°. Que la situación aludida coloca al médico en un dilema irresoluble, pues el ejercicio de su libertad de conciencia, a través de la respectiva objeción, pugna con el cumplimiento de un deber jurídico que violenta del todo sus convicciones más profundas, de modo que, forzado por la ley, a realizar, aquello en lo que no cree, termina desnaturalizándose como ser humano libre y digno;

3°. Que un ordenamiento jurídico respetuoso de la dignidad humana debe buscar la adhesión voluntaria y consciente a sus dictados. Por el contrario, la imposición, basada sólo en la dimensión coactiva de la norma, ciertamente le asegura eficacia, pero a costa de tratar al ser humano como una cosa más que como a un ser racional, inteligente y libre, según proclama el inciso primero del artículo 1° de la Carta Fundamental;

4°. Que puede argüirse que, en una atención médica de urgencia, el riesgo vital o el impacto de una violación, son causas suficientes para subordinar el ejercicio de la objeción de conciencia. Sin embargo, como lo que está en juego, según se ha expresado, en la sentencia, es la propia libertad de pensamiento, que es uno de los rasgos más distintivos de los humanos, entre el resto de los seres vivos, la prohibición de hacer valer la objeción de conciencia, en estos casos, implica desconocer esa dimensión de la libertad de pensamiento al punto de anularla. Por ello es que, desde esta perspectiva, la prohibición contenida en el inciso final del nuevo artículo 119 ter del Código Sanitario, vulnera la esencia del derecho a la libre manifestación de las creencias libertad de creencias o libertad de pensamiento al hacerla irreconocible como atributo propio y connatural de la persona.

PREVENCIONES

El Ministro señor Domingo Hernández Emparanza, manifiesta que ha concurrido con su voto al rechazo de los requerimientos, en lo tocante a la impugnación de las tres causales legalmente autorizadas de interrupción del embarazo, con las siguientes prevenciones:

1°. Que, desde luego, la mayoría fundamenta el rechazo en algunas premisas que este previniente no comparte:

a) Ante todo, las causales de interrupción del embarazo que el proyecto de ley autoriza, no pueden ser evaluadas como reconocimiento del ejercicio de una supuesta autonomía de la voluntad de la madre gestante, sobre su propio cuerpo y/o derivada de ciertos derechos



inherentes a su condición femenina tradicionalmente postergados por la sociedad y que hoy se vendrían a reconocer positivamente, en una situación de colisión entre la vida de la mujer y el mero interés jurídicamente protegido en que el **nasciturus** consistiría, que no persona y, por ello, disponible por decisión de la mujer en caso de conflicto. No compartimos aquello, toda vez que la autonomía de la voluntad consiste en el ejercicio de las libertades propias a efectos de asumir uno mismo las consecuencias de sus personales decisiones, por lo que concluye precisamente allí donde comienzan los derechos de los demás, sin que sea posible externalizar y radicar en otro las consecuencias de las decisiones personales, sin su consentimiento. En este punto, somos de parecer que el embrión o el ulterior feto constituyen una forma de vida humana intrauterina, es decir, un ser humano vivo, si bien dependiente de la madre en términos biológicos e incluso psicológicos (emotivo-cognitivos). Este otro ser humano, es en **clara et distincta perceptio** diverso y único como tal otro ser humano, que ya existe en cuanto tal desde su concepción, con individualidad genética específica, sea que ella se origine desde la fusión de los gametos que crean el cigoto, o desde la implantación del mismo cigoto en el endometrio. Hay allí ya una información genética completa, que solo debe desarrollarse durante el proceso gestacional y desplegarse a lo largo de la vida humana después del nacimiento, que no es sino continuidad del mismo proceso reproductivo y evolutivo;

b) Por lo anterior, las consideraciones culturales asociadas a los roles que la sociedad asigna a ambos sexos propios del género humano, poco tienen que ver con respecto a la biología reproductiva en sí misma. Es evidente que la mujer inseminada por el hombre, de manera natural o asistida, lleva a cabo el proceso gestacional. No puede ser a la inversa. No puede haber tampoco

partenogénesis femenina. La reproducción humana no puede ser de otro modo. De manera que ese proceso de reproducción humana incumbe a ambos padres, hombre y mujer, en sus diversos roles biológicos y socio-jurídicos derivados. Por ello, no es un derecho exclusivo de la mujer gestante decidir tener o abortar un hijo, aun cuando en la madre gravite la mayor exposición al riesgo y carga en el proceso la gestación humana, en toda circunstancia, incluso anómalas. No es tampoco utilización de ella como un mero medio material de reproducción de la especie. Antes bien, por el contrario, precisamente desde allí emerge la elevada dignidad de la maternidad;

c) Por lo demás, las discusiones más o menos semánticas, originalistas o literalistas, cada una de ellas con cierta apoyatura en las fuentes formales o materiales de Derecho, acerca de si el embrión o el feto es o no una persona humana, nos parecen un tanto impertinentes. No toca al Derecho resolver acerca de la calidad de persona humana, ni acerca de la naturaleza humana. Todo aquello son tópicos filosóficos, teológicos o antropológicos milenarios irresolubles racionalmente y que al fin se deciden personal o colectivamente por una cuestión de fe o de opción, en conciencia, todas las cuales visiones son válidas en principio, en el seno de una sociedad pluralista y democrática, incluso a nivel religioso. La diversidad de visiones acerca de la persona y la sociedad, debe convivir dentro de un marco regulado común y aceptable para dicha misma sociedad en su conjunto. Por eso, pensamos que aquí rozamos lo que Hans Kelsen denominó "norma hipotética fundamental", en tanto plexo valórico irreductible y no susceptible de elucidación analítica, que oficia de fundamento de validez del Derecho. Lo central en esto es que el Derecho conoce un concepto de persona, para efectos civiles: ella existe al nacer, es decir, al separarse completamente el



feto de la madre, por razones fundamentalmente pragmáticas: sólo desde ese momento es factible que el ser humano ingrese al registro civil, mediante partida de nacimiento y, además, tenga identificación mediante cédula nacional de identidad, con impresión digital, fotografía y rol único nacional. Con la tecnología y recursos actualmente disponibles, sería imposible proceder de otro modo. Además, a partir de ese momento biológico el derecho asocia al ser humano los llamados atributos de la personalidad: nombre, nacionalidad, patrimonio, domicilio, estado civil y capacidad de goce, de los cuales carece el ser humano vivo en el claustro intrauterino. Pero esa razón pragmática, orientada fundamentalmente a efectos patrimoniales, no puede llegar a significar que el feto antes de nacer sea sólo un mero "centro de atribución o imputación normativa" para ciertos efectos, y no una forma de vida humana plena sólo que en otro estadio de evolución, sin derecho a la vida y disponible para la madre, dadas ciertas circunstancias. La calidad humana del feto es clara y evidente por sí misma, más allá del choque paradigmático que este tan importante asunto ha puesto de manifiesto ante esta Magistratura Constitucional, entre posiciones de raigambre iusnaturalistas o neo constitucionalistas y otras de tonalidad más bien positivistas, que no es pertinente detallar en este voto. A mayor abundamiento, si se quiere otra razón lingüística, la raíz etimológica de la palabra aborto proviene del prefijo latín ab (privación, separación del exterior) y del verbo latino ortus (nacimiento), cuyo participio es la expresión latina oriri (aparecer, nacer), de donde proviene el verbo latino sustantivado oriens (oriente), que denota en geografía el lugar por donde nace o aparece el sol. Entonces, la privación del nacimiento como concepto no requiere resolver como prius lógico o valórico si el feto

es o no persona: aborto es meramente privación de nacimiento;

d) Por otro lado, la cuestión del ejercicio potestativo del ius puniendi estatal, vale decir, que así como el Estado puede establecer delitos (verbigracia, ciertas formas de aborto), lo mismo puede despenalizar ciertas conductas (verbigracia, algunas formas de aborto), envuelve a nuestro parecer una falacia material. Ello, porque tal apotegma como premisa, introduce subrepticamente ya en la premisa la conclusión que se trata de demostrar: si ello se puede hacer o no en este caso, por razones constitucionales. Si el aforismo fuere tan evidente, este proceso constitucional jamás habría existido;

e) Asimismo, tampoco compartimos que la vida humana sea un valor relativo, como lo demostrarían las instituciones de la legítima defensa, propia o de terceros, cumplimiento de un deber, estado de necesidad justificante o exculpante, ejecución de resoluciones judiciales, reacción a la fuga de presos, etcétera. En nuestro concepto, la vida humana es siempre un valor absoluto en cuanto tal. También lo es la norma que, emanada de dicho valor transformado en bien jurídico siempre, prohíbe matar a otro. Lo que ocurre es que, en concreto, y dentro del marco de las causas legalmente previstas, la norma (prohibición) puede ceder en su aplicación (caso de las causales de justificación, como la legítima defensa) o incluso manteniendo su aplicación al caso, su infracción concreta puede ser irreprochable (dispensable o exculpada) por las anormales circunstancias de motivación en que se tomó la decisión de actuar (no exigibilidad de otra conducta por estado de necesidad exculpante, inter alia). Pero, por su naturaleza, tanto las causales de justificación (acción típica legítima) como las causales de exculpación (acción típica ilegítima pero irreprochable), deben juzgarse en

concreto, por el juez de la causa. Consecuentemente, la justificación o no exigibilidad de otra conducta, según los casos, no puede ser apreciada en abstracto como fundamento de una norma legal de autorización de interrupción del embarazo, sino sólo en sentido ilustrativo, orientador o analógico, pero no en un sentido estricto. Ello le corresponde al juez de la causa y, como diremos *infra*, no implica confundir la atribución normativa de facultades con el ejercicio de las facultades que la norma otorga, porque el problema puede venir ya dado por la atribución normativa (desde la norma legal en su enunciación);

¶) No obstante lo expresado en la letra precedente, se dice también por la requerida que la técnica legislativa que el proyecto en examen utilizó para configurar las tres causales de autorización de la interrupción del embarazo, consiste en lo que ella ha venido en llamar desincriminación, es decir, una más radical que la sola exculpación o incluso justificación. Según este criterio -algo contradictorio con lo escuchado en estrados desde la perspectiva penal- el aborto pasaría a ser una prestación médica socialmente adecuada que ni siquiera penetraría el ámbito de la tipicidad, al igual como ya ocurre con cualesquiera especie de intervención quirúrgica, las cuales actualmente no se miran como acciones lesivas justificadas por el ejercicio de la profesión médica, sino como acciones atípicas que no consisten ya en herir, golpear o maltratar a otro causando un resultado corporalmente nocivo, sino en acciones sanadoras en que el efecto lesivo es más aparente que real y sólo transitorio, en una relación causal de medio a fin orientada a sanar al paciente. Este disidente piensa que mirar las cosas de ese modo es llevarlas demasiado lejos, ya que no puede tener el aborto - cualesquiera sean las circunstancias en que se cause - la misma valoración ético-social que,

verbigracia, una operación quirúrgica de apendicitis, aunque sin lugar a duda alguna tiene una dimensión prestacional médica que no debe ser, con todo, exagerada para reducirla sólo a ella. Por cierto, no dejamos de divisar que posiblemente esta forma de "desincriminar" está motivada por la necesidad jurídico-penal de eximir legalmente de responsabilidad penal al equipo médico, que no quedaría exculpado por las circunstancias personales de no exigibilidad de otra conducta que exoneran de responsabilidad solo a la mujer, dados los criterios de accesoriadad media generalmente aceptados en materia de autoría y participación criminal.

2°. Que, aun así las cosas, este previniente concurre con su voto a rechazar los requerimientos en este punto y, como consecuencia, acepta la legitimidad constitucional de las tres causales de interrupción del embarazo tantas veces aludidas, pero ello sólo dentro de los estrictos límites y criterios que se expresan a continuación. En efecto:

a) Desde luego, nuestro parámetro fundamental es que la única interpretación conforme con la Constitución que consideramos aceptable respecto de cada una de las tres causales previstas en el proyecto de ley, es o la existencia auténtica de un conflicto de bienes jurídicos entre la vida de la madre y la vida del embrión o feto, o la existencia de una real situación concreta de no exigibilidad de otra conducta derivada de las anormales circunstancias de motivación o formación de la voluntad, en tanto que supresión o disminución severa de la libertad de autodeterminación de la mujer gestante. Esas situaciones deben necesariamente estar configuradas en concreto por un tertium non datur, vale decir, la imposibilidad de actuar de otro modo, la falta concreta de alternativas: o se produce el sacrificio necesario (volitivamente indirecto, cualquiera sea la forma que adopte la intervención corporal) del nasciturus o él y la

madre fallecen, en el caso del peligro para la vida de la madre; o, en el caso de la no exigibilidad de otra conducta, debe configurarse una real situación de estado de necesidad exculpante entre bienes jurídicos inconmensurables, en la línea de lo establecido actualmente en el artículo 10, número 11°, del Código Penal, cuyos supuestos no corresponde pormenorizar aquí, pero que podemos relacionar con riesgos de suicidio de la madre o severas e irresistibles enfermedades mentales para ella;

b) Por consiguiente, la lógica que subyace a nuestro criterio aquí expuesto, es el de regla general-excepción. Por regla general, el aborto es delito. Por excepción, no lo es; ni para la madre, por justificación en el caso del llamado aborto indirecto, ni para el equipo médico que, en nuestra opinión, quedará exento de responsabilidad únicamente en virtud de una excusa legal absolutoria, motivada en consideraciones de política criminal y de utilidad social, pero en ningún caso porque el feto sea un mero interés jurídico y no un ser humano, o porque la mujer sea libre para interrumpir su embarazo, o porque la conducta sea atípica por adecuación social. Muy por el contrario, precisamente porque la mujer no es libre de decidir, la ley exculpa a la misma mujer. Y por razones de utilidad social y de política criminal, brinda una excusa legal absolutoria al equipo médico, aunque la acción abortiva configura un injusto;

c) Fuera del marco reseñado, los casos concretos que en el futuro se presenten quedarán fuera de la cobertura constitucional del proyecto de ley y serán pasibles de ser controlados por la vía de la acción de inaplicabilidad concreta;

3°. Que, previo este planteamiento general, este Ministro estima del caso fundamentar la única hermenéutica que en su concepto se aviene con esta visión de principios, a propósito de cada una de las causales de

despenalización extraordinarias que contiene el proyecto en examen de constitucionalidad;

A) En relación con la 1ª causal incorporada en el inciso primero del artículo 1, N° 1 del Proyecto:

- i. Que este Ministro comparte en este punto los argumentos vertidos en los considerandos 55° a 59° del voto de minoría, en orden a que la exacta inteligencia de este numeral - única que se concilia con el sentido del artículo 19, numeral 1°, inciso segundo de la Carta Fundamental - es que éste solo autoriza el aborto denominado indirecto. En ese evento, la acción interruptiva del embarazo va dirigida al objetivo de salvar la vida de la madre, pero sin la intención positiva de terminar con la vida del nonato.

En consecuencia, la señalada sería la única interpretación conciliable con la Constitución, en este punto.

B) En relación con la 2ª causal incorporada en el inciso primero del artículo 1, N° 1 del Proyecto:

- i. Que la segunda causal de interrupción provocada del embarazo se refiere al caso del embrión o feto que *"padezca una patología adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal"*. Para realizar tal intervención - dice el artículo 119 bis en su inciso 2°, agregado por el numeral 2 del proyecto - *"se deberá contar con dos diagnósticos médicos en igual sentido de **médicos especialistas**"* (lo subrayado es nuestro), los que *"deberá(n) constar por escrito y realizarse en forma previa"*;
- ii. Que la voz *"especialista"*, según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, concierne al

"[Q]ue cultiva o practica una rama determinada de un arte o una ciencia" (1ª acepción del Diccionario cit., 23ª. edición del tricentenario, p. 947). En el caso de la medicina y aunque el proyecto no lo explicita, la "especialidad" requerida parecería asociada al ámbito de la obstetricia y ginecología y, particularmente, a esta última, "que trata de la gestación, el parto y el puerperio", conforme al concepto básico que nos proporciona el diccionario de la lengua (Diccionario de la Lengua Española, cit., p. 1561);

- iii. Que en el ámbito de la obstetricia se ha venido desarrollando una subespecialidad conocida como medicina materno fetal o perinatología, que se centra en el manejo médico y quirúrgico de los embarazos de alto riesgo y la cirugía en el feto, con el objetivo de reducir la morbilidad y mortalidad;
- iv. Que tanto durante la discusión legislativa de este proyecto en el Parlamento, especialmente en la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, como asimismo en la serie de audiencias públicas convocada por el Tribunal Constitucional, se escuchó el testimonio de varios distinguidos profesores universitarios de medicina, quienes dieron a conocer algunas estadísticas relacionadas con errores de diagnóstico cometidos frecuentemente respecto de la letalidad de las enfermedades del no nacido. Así, el doctor Sebastián Illanes, especialista en medicina materno-fetal y académico de la Universidad de los Andes, manifestó que "para hacer el diagnóstico de la anatomía del paciente fetal, la persona que lo realiza necesita una **calificación específica**. Hoy en día **gran cantidad de ecografías son hechas por ginecólogos generales**, que durante la beca tienen solo tres meses de formación en ese ámbito. Por lo

mismo, **el 70 % de los diagnósticos efectuados por esos médicos está errado**" (énfasis nuestro) (Anexo del Informe de la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados recaído en el proyecto que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, en: Boletín N° 9.895, de 15.09.2.015, pp. 92-94);

- v. Que en la misma orientación, el doctor José Antonio Arraztoa, especialista ginecólogo obstetra y profesor titular de la Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes, añade que "existe una gran dificultad diagnóstica de las malformaciones congénitas, pues los médicos gineco-obstetras generales no tienen el entrenamiento adecuado para realizar diagnósticos, lo que lleva un alto riesgo de interrumpir el embarazo con niños normales. En un estudio nacional se observa que **el 83% de los diagnósticos o sospechas de malformaciones realizadas por médicos gineco-obstetras, están equivocados** (énfasis nuestro) (Intervención del mencionado médico en Anexo del Informe citado supra, pp. 114-115);
- vi. Que también asume relevancia lo dicho por el doctor Jorge Becker Valdivieso, reconocido especialista en medicina materno fetal y jefe del servicio de Obstetricia y Ginecología de la Universidad de Talca, quien en su intervención en el seno de las audiencias públicas convocadas por este Tribunal, expresó que ninguno de los especialistas en medicina materno fetal del país, que son poco más de 50, fue consultado por ninguna de las ramas del Congreso para emitir su opinión en un asunto de tanta trascendencia como el allí debatido (Audiencia pública del jueves 17 de agosto de 2.017, 4° bloque). En documento adjunto a la audiencia, el mismo profesional destacó que **"la ecografía general**

encuentra menos del 20% de los malformados; si la hace un ginecólogo general sube a 50-60% y si la hace un subespecialista en medicina materno fetal es de 90%" (énfasis nuestro);

vii. Que la medicina trata con probabilidades y suposiciones informadas, pero no con certezas. Como lo dijera ya William OLSEN, a fines del siglo XIX, "la Medicina es la ciencia de la incertidumbre y el arte de la probabilidad". La frase aún conserva plena vigencia, como lo demuestran textos médicos que la citan casi un siglo después (cit. en Fox, RC.: "The evaluation of medical uncertainty. Milbank Men Fund Q Health Soc. 1.980; 58: 1-49). De ahí que, a pesar de todas las pruebas diagnósticas que se empleen, las decisiones se toman siempre en condiciones de incertidumbre;

viii. Que lo anterior, evidentemente, no puede paralizar la decisión médica ante cualquier evento mórbido. El error es consustancial a tal actividad. Pero si el margen de inexactitud del diagnóstico de letalidad del feto excede con mucho todo nivel tolerable, como sucede con aquél practicado por quienes no ostentan la subespecialidad requerida para reducir a términos razonables la posibilidad de equivocación, el juicio informado de la madre podría verse muy gravemente distorsionado, conduciéndola a una decisión dramáticamente errónea para la vida del feto o embrión;

ix. Que como ha puntualizado la Comisión Europea en su Comunicación sobre el Recurso al Principio de Precaución, "en algunos casos, la existencia misma de opiniones discrepantes sostenidas por científicos calificados que han investigado la cuestión particular objeto de examen, puede indicar un estado de incertidumbre científica" (cita de la

Comunicación al Informe del Órgano de Apelación de la OMC en el asunto de las hormonas, apartado 194);

- x. Que en la evaluación de riesgos inherente a un diagnóstico médico tan trascendente como para justificar una interrupción anticipada de un embarazo, la medida adoptada - conforme al principio precautorio, que ha sido recogido en la jurisprudencia de esta Magistratura, como se observará más adelante - debe permitir alcanzar el nivel de protección adecuado a fin de no eliminar otras opciones disponibles, aunque "sin pretender alcanzar un nivel de riesgo cero, que raramente existe" (Apartado 6.3.1 de la Comunicación citada supra);
- xi. Que a juicio de este Ministro, la única inteligencia dentro de la cual esta causal debe ser entendida acorde con la Constitución, es la que atribuye a la expresión "dos diagnósticos médicos" emitidos por "médicos especialistas" el alcance de que esta evaluación o juicio médico deben ser efectuados por conocedores profundos de la respectiva rama del saber involucrada. Este versado conocimiento solo lo poseen, a juzgar por los antecedentes antes relacionados, los médicos perinatólogos o especializados en salud materno fetal, debidamente acreditados por una Universidad legalmente reconocida que imparta esa experticia;
- xii. Que, como lo ha dicho por lo demás esta misma jurisdicción constitucional, el principio de interpretación *favor homine* o *favor persona* - ilustrativo en la especie de la hermenéutica propuesta - obliga "al intérprete normativo a buscar aquella interpretación que más favorezca los derechos de las personas antes que aquélla que los anule o minimice" (STC Rol N° 1.484, de 5.10.2.010, c. 25);

xiii. Que no obstante reconocerse al legislador la facultad para permitir la interrupción del embarazo por esta segunda causal, en base a la fundamentación que el autor de este voto particular ha compartido, la minimización del riesgo, el principio favor persona y la proporcionalidad del peligro de la vida del nonato versus la elevada percepción de error médico, conducen a la conclusión que un diagnóstico de especialistas que científicamente no tienen la debida consistencia, por carecer de la que es requerible en esta hipótesis, discuerda de la Carta Fundamental si se asume que aquél no ha sido efectuado por "especialistas", como lo exige el proyecto, entendiendo por tales los que profesan la subespecialidad perinatológica o materno fetal. Como lo ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán - en su célebre sentencia de 1993- el deber de protección del no nacido exige que la necesaria cooperación médica en interés de la mujer, no menoscabe la protección del que está por nacer: así ocurriría si la intervención de los profesionales en la determinación del diagnóstico de letalidad fetal, no garantizare, dentro de los límites de la ciencia médica, la mejor de las prognosis;

xiv. Que una inteligencia diversa del precepto - en el sentido que este colectivo podría estar integrado solo por médicos obstetras -conduciría a una clara transgresión de la garantía constitucional del derecho a la vida del *nasciturus*, que quedaría fatalmente expuesta a un error pericial demasiado grave, descartándose de plano que la ley incurra en un despropósito de esta naturaleza. Esta apreciación ciertamente no invade la apreciación de mérito, exclusiva del legislador, sino que interpreta, en

conformidad a la Constitución, precisamente el pasaje anotado del precepto en control.

C) En relación con la 3ª causal incorporada en el inciso primero del artículo 1, N° 1 del Proyecto:

Que el legislador con la introducción de esta causal, ha buscado resolver la dramática antinomia que se presenta en aquellos casos en que la realidad enfrenta la colisión entre dos bienes jurídicos de igual valor, como es la vida de la mujer embarazada y la del hijo por nacer, en circunstancias anómalas de motivación personal. Se ha optado en este trance - en nuestro concepto- por revestir la conducta de la madre violada de una causal de inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta y la de los médicos intervinientes, de una excusa legal absolutoria, si bien sin explicitar dogmáticamente esta solución. Vale decir, independiente de consideraciones axiológicas irresolubles, ha entendido ambas conductas como no pasibles de responsabilidad penal, si bien no marginadas de antijuridicidad.

Tal opción, a juicio de este previniente, es constitucionalmente válida, en tanto se mantenga en concreto dentro de los rigurosos límites referidos *supra* y, por ende, no funcione como un subterfugio procesal para encubrir un aborto basado en otras motivaciones no relacionadas con un auténtico hecho criminal que revista las características del delito de violación, en cualesquiera de sus formas. Si pese a todo tal ocurriere, a juicio de este previniente, quedaría abierta la vía de la concreta inaplicabilidad por inconstitucionalidad, según ya se manifestó.

El Ministro señor Juan José Romero Guzmán concorre a acoger los requerimientos de autos, acumulados, también por las consideraciones adicionales o complementarias que se exponen a continuación:

I.- OBJETIVOS ESENCIALES DE ESTE VOTO.

1°. Son dos los grandes objetivos del presente voto particular concurrente al disidente (el cual también se suscribe).

El primer objetivo consiste en presentar la controversia y debate de una manera ordenada y que favorezca la transparencia del mismo. La discusión argumentativa ha sido confusa, debido a que: (i) en algunos casos se ha utilizado un lenguaje con términos equívocos o poco claros, dando lugar a un desencuentro lingüístico; (ii) han habido orientaciones argumentativas numerosas y muy diversas para justificar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas requeridas; (iii) las argumentaciones desplegadas, en ciertos casos, se han respaldado haciendo referencia inadecuada a fuentes o antecedentes que, han dado lugar a líneas argumentativas incompletas o selectivas; (iv) es posible constatar, en algunos casos, errores lógicos en la argumentación proporcionada; y (v) existen diferencias, inconsistencias o contradicciones entre la argumentación escrita y oral de una misma parte, así como respecto de la otra parte que comparte la misma pretensión. Lo mismo ocurre al contrastar la línea argumentativa de una parte con los informes en derecho presentados por ella misma. Lo señalado previamente hace referencia, específicamente, a la argumentación desplegada por la Presidenta de la República.

El segundo objetivo, complementario a la presentación de marcos de análisis que contribuyan a clarificar u ordenar la controversia y las numerosas y diversas argumentaciones proporcionadas, consiste en demostrar, en algunos casos con argumentos nuevos, por qué, en nuestra opinión, las normas requeridas en el Proyecto de ley que se revisa infringen la Constitución Política de la República. Así, en definitiva, confirmamos (en algunos casos con matices) lo expresado en el voto disidente y afirmamos que deben acogerse los requerimientos entablados por un grupo de senadores y diputados.

II.- LO BÁSICO.

2°. La Constitución establece, en algunos casos, preceptivas acerca de lo que es bueno y malo, y de lo que se debe y no se debe hacer. Cuando, por ejemplo, se dispone que la vida y la integridad física y psíquica constituyen un derecho o que son dignos de protección se está expresando que se trata de bienes valiosos para cada individuo y, desde luego, para la sociedad.

3°. La expresión por parte de una sociedad acerca de lo que es valioso, bueno o malo denota una opción valórica o moral, algo especialmente evidente tratándose del respeto a la vida humana. En otras palabras, la protección de la vida humana (valor que la humanidad ha intentado con mayor o menor éxito respetar, aunque sea a nivel retórico) tiene, primero, una dimensión moral y, luego, una dimensión jurídica.

4°. En el caso de Chile, este tipo de valoraciones u opciones fundamentales por parte de la sociedad alcanzan su máxima expresión jurídica cuando son reconocidas o consagradas en la Constitución. Obviamente,

en la ley también se reflejan opciones de nuestra sociedad a favor de lo que ésta considera como bienes valiosos. Pero, que éstos tengan protección constitucional y no sólo legal hace una diferencia.

5°. Por de pronto, desde el punto de vista de cómo se adoptan decisiones normativas en una democracia, la modificación de una norma constitucional es más exigente que una de carácter meramente legal. A modo ilustrativo, para modificar una disposición contemplada en el capítulo III de la Constitución referente a los Derechos y Deberes Constitucionales, como aquella que señala que "*La ley protege la vida del que está por nacer*" (artículo 19, N° 1°, inciso segundo), se requiere la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio (es decir, 79 diputados y 25 senadores), lo cual constituye una exigencia superior a la mayoría simple de los diputados y senadores presentes, como ocurrió con el proyecto de ley cuya constitucionalidad se objeta.

6°. Las sociedades democráticas saben que hay materias básicas para su convivencia que deben tener un nivel de estabilidad o permanencia mayor y que, por lo tanto, no deben depender del vaivén de mayorías y minorías parlamentarias a lo largo del tiempo, salvo que se alcance un mayor nivel de consenso o aprobación.

7°. Para quienes sostenemos que la norma constitucional que consagra en general el derecho a la vida y en particular la protección de la vida del no nacido es clara, tanto para juristas como para las personas sin un conocimiento mayor del derecho, pero que parecen entender que provocar la muerte es lo opuesto a proteger la vida, cualquier disposición legal que autorice (con más o menos condiciones) el aborto o muerte intencionada del ser humano no nacido (llámese embrión,

feto, o hijo que vive en el vientre materno) infringe la Constitución.

III.- LO PROBLEMÁTICO (O CÓMO LO SIMPLE SE ENREDA) .

8°. En términos sencillos, para resolver un conflicto como éste, los jueces constitucionales deben identificar la o las normas de la Constitución relevantes y contrastarlas con las disposiciones pertinentes del proyecto de ley. A veces, esta operación es sencilla y otras veces no. Y lo sencillo o difícil de una decisión judicial puede deberse, primero, al grado de dificultad para entender el significado del texto o, segundo, al grado de dificultad para adoptar la decisión en consideración a la importancia e impacto que para el país tiene. Hay que recordar que este Tribunal no actúa por iniciativa propia, sino que ha sido requerido a hacerlo, ante lo cual no es posible abstenerse.

9°. Todos estamos de acuerdo en que la decisión que adopte este Tribunal (luego de la aprobación o respaldo otorgado por el Congreso) es trascendental y podemos entender, asimismo, que tal situación puede, eventualmente, ser más o menos incómoda o compleja para algún o algunos de sus integrantes. Sin embargo, no estamos de acuerdo respecto del grado de dificultad que existe para entender el sentido y alcance de la protección que la Constitución le brinda a "la vida del que está por nacer". En efecto, no estamos de acuerdo sobre qué tan claro o ambiguo es, en sí mismo, el lenguaje utilizado por la Constitución en este tema, así como en consideración con el propósito imperante al tiempo de su dictación o con la finalidad que puede desprenderse al apreciar el texto constitucional en su conjunto. Como ya lo advirtiéramos previamente, la

discusión jurídica ha sido particularmente enredada, no debiendo ser así.

10°. Quienes estamos por acoger los requerimientos y declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas sostenemos que la justificación última de la protección constitucional de la vida del no nacido obedece al siguiente raciocinio lógico: a) está mal matar a un ser humano inocente; b) el feto o nonato es un ser humano inocente; por lo tanto, c) está mal matar al feto o nonato.

11°. Por el contrario, quienes están por rechazar los requerimientos necesitan desestimar el recién expresado raciocinio fundante del valor de la vida reconocido en la Constitución, en particular la del nonato. Pero, dado que (a) es difícil discutir que la criatura que está en el vientre materno y cuyo parto aún no se ha materializado es un ser humano (por tener, por ejemplo, 12 o 36 meses de gestación, ambas hipótesis en que de acuerdo al proyecto de ley es admisible interrumpir el embarazo), y que (b) es de muy difícil justificación sostener que lo que es malo no es *matar* a un *ser humano* inocente, sino sólo a una *persona* inocente, calidad esta última que, según ellos, no tendría el feto o nonato, aquellos que están por confirmar la constitucionalidad del Proyecto han intentado demostrar lo siguiente:

(i) que el proyecto de ley no autoriza a la madre a abortar (esto es, a provocar deliberada y directamente la muerte del que está por nacer), sino sólo a despenalizar la interrupción del embarazo. Como dicha aseveración es demasiado feble, como se explicará, han centrado su argumentación intentando demostrar, (ii) que, si bien la vida del no nacido sí se encuentra protegida por la Constitución, el valor de dicha protección es de inferior

jerarquía que la del derecho que tendría la madre embarazada de, en ciertos casos muy lesivos para su vida o integridad física y psíquica, interrumpir su embarazo provocando, así, la muerte del feto o nonato.

12°. Como es difícil desmentir que un acto deliberado y directo dirigido a provocar la muerte del no nacido es la antítesis de lo que la Constitución manda proteger, esto es, su vida o, dicho de otro modo, su existencia, quienes afirman que "el aborto en tres causales" es constitucional, recurren, en nuestra opinión, a un alambicado (y, al final, forzado) raciocinio argumentativo, no exento, según nuestro parecer, de inconsistencias lógicas y errores en el uso de evidencia empírica, entre otros.

13°. El punto de partida del método de argumentación consiste en discutir acerca de cuáles serían los criterios de interpretación constitucional apropiados para resolver el asunto. Para tal efecto, se escogen los criterios de interpretación más convenientes (o, quizás, más útiles) y se desechan de plano otros (aunque, en algunos casos, sólo en apariencia).

Desde luego, para los defensores del "aborto en tres causales" les resulta muy conveniente eludir reconocer, aunque sea tácitamente, que provocar directa e intencionadamente la muerte de un ser humano inocente es un acto intrínsecamente malo y, por lo mismo, opuesto a cualquier legitimación constitucional. El derecho a la vida y, en lo que nos concierne, a la vida del no nacido, tiene como justificación última la consideración valórica o moral recién mencionada. El hecho de su reconocimiento positivo en el texto Constitucional es, sin duda, indispensable para que se generen consecuencias jurídicas concretas, pero, más allá de eso, no constituye, en sí

mismo, una justificación razonada del sentido y finalidad de la norma constitucional.

No es casualidad, por lo recién expresado, que quienes están por el rechazo de los requerimientos descarten explícitamente cualquier consideración valórica y, por consiguiente, aunque esta vez de manera implícita (salvo cuando se trata de la mujer embarazada) la utilización de un criterio de interpretación finalista. Repetimos, el derecho no se reduce a lo positivo, no se sustenta sobre la nada. Siempre habrá una visión antropológica implícita (y, a veces, explícita) detrás de la misma.

La postura a favor del respaldo constitucional de la opción condicionada de la mujer a deshacerse de la vida del no nacido del cual ella está embarazada revela una postura moral inconciliable con aquella que justifica el objeto de protección más importante reconocido por nuestra Constitución: la vida de una persona humana, en particular, la vida del ser humano inocente. Al respecto, no existe neutralidad valórica posible.

Sólo como comentario al margen, existe una confusión bastante común al asociar estrechamente, como si se tratara de conceptos equivalentes, lo valórico-moral con lo religioso y, en último término, con la separación entre la Iglesia y el Estado.

14°. Una vez que se ha llevado a cabo esta primera etapa de relativización ("o de cómo lo simple se enreda"), se da inicio a una segunda etapa dedicada a la labor de justificación de por qué la madre embarazada (se prefiere hablar tan sólo de mujer) tiene un derecho preferente en relación a la protección de la vida del no nacido. Para tal efecto, la argumentación se centra, como era de esperar, no tanto en el artículo 19, N° 1°, inciso segundo, citado varias veces con anterioridad, sino en

los derechos de la mujer como grupo vulnerable digno de la más amplia protección. A esta segunda etapa también podría denominársele de "interpretación creativa".

15°. Luego, se da inicio a una tercera etapa en virtud de la cual se intenta minimizar el valor o jerarquía de lo que es el eje normativo central de la controversia, esto es, el artículo 19, N° 1°, inciso segundo, de la Constitución, el cual asegura que "[l]a ley protege la vida del que está por nacer".

Al respecto, se hace un análisis independiente y descontextualizado de qué significa cada uno de los elementos de la oración: "La ley" (el legislador como sujeto obligado), el verbo rector "proteger", el objeto de protección: "la vida", y el sujeto de protección: "el que está por nacer". En virtud de este tipo de análisis, la frase que constituye la norma se descompone en diferentes partes y se desvincula, en algunos casos, del grupo de preceptos constitucionales con los cuales forman un sistema de valores coherente. Mediante este método de desintegración y analogía con normas constitucionales y legales impertinentes, los atributos de simpleza y transparencia de la regla constitucional se presentan como algo puramente aparente.

Fruto de este mecanismo de disociación, una oración clara y precisa, y que es parte de una familia de normas constitucionales estrechamente vinculadas entre sí, es presentada como un precepto impreciso y que provee un bajo nivel de protección. ¿Protección a qué? El análisis evade reconocer que el término vida asociado a un no nacido tiene un sentido más preciso que cuando se alude a la noción de vida tal como se expresa en el inciso primero al referirse al derecho a la vida en general. En efecto, se desconoce que para un no nacido la vulneración a su "vida" se verifica de una sola manera: acabando con

ella por medio de la interrupción del embarazo. Es decir, para un no nacido, su "vida" significa "su existencia como ser humano". Además, se pasa por alto otra calificación fundamental: tratándose de un no nacido, necesariamente se está en presencia de alguien inocente. A este respecto, hay que recordar que la Constitución reconoce la posibilidad de dar muerte a alguien a modo de pena por un acto reprochable (la comisión de un delito). Incluso, no se discute la posibilidad de, cumplido ciertos requisitos, que se pueda dar muerte a una persona en legítima defensa ante una agresión, acto de agresión que no se ve cómo puede ser imputado a un nonato el cual, como dijimos, es inocente, además de vulnerable.

16°. Otro equivocado atajo o "pirueta" argumentativa de quienes avalan la postura contraria a la nuestra consiste en desconocer (implícitamente) al nonato en su carácter individual, reconociendo, solamente, el colectivo compuesto por los no nacidos, lo cual, además de reflejar la complejidad que para dicha postura significa la disposición constitucional eje de la discusión, permite entender muchos equívocos y desencuentros en el uso de ciertas expresiones lingüísticas.

17°. Finalmente, concluimos este acápite haciendo presente que todo este proceso de "sobreinterpretación", con que respetuosamente es posible calificar la línea argumentativa subyacente en la postura contraria, y que, como lo hemos advertido, tiene como consecuencia la dilución del foco central de la controversia, está condimentado con errores lógicos y fácticos en la argumentación utilizada, esto último algo particularmente notorio en el escrito de observaciones de la Presidenta de la República.

IV.- INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DESFRAGMENTADA (O "LEYENDO DE CORRIDO LA FRASE COMPLETA").

18°. En el capítulo anterior advertimos acerca de los efectos nocivos que para una discusión argumentativa clara y transparente tiene la estrategia interpretativa de la desagregación y disociación. En este acápite razonaremos con una lógica opuesta: más que desarticular o desmembrar la oración del inciso segundo, del numeral 1°, del artículo 19 de la Constitución, procederemos a interpretar o leer la disposición constitucional como una unidad gramatical. Es decir, intentaremos descubrir el significado de la frase del inciso segundo ya mencionado vinculando en todo momento las palabras proteger, vida y no nacido (nonato), para luego hacer la conexión con el vocablo "La ley", es decir, la remisión constitucional a la ley.

19°. La norma constitucional "*La ley protege la vida del que está por nacer*" está redactada con un alto grado de precisión, a lo cual contribuye de manera determinante el vocablo "vida" y la expresión "[]el que está por nacer". En efecto, la segunda parte de la oración compuesta por la frase "*la vida del que está por nacer*" limita enormemente las opciones interpretativas posibles de la oración completa.

20°. En el debate constitucional que se ha suscitado, aquellos que han adherido a la postura a favor del rechazo de los requerimientos han intentado relativizar o debilitar la intensidad protectora del aludido inciso segundo por muy diversas razones. Posiblemente, el término más socorrido ha sido el de "protección gradual".

21°. El problema es que el número de opciones disponibles para que la ley brinde al no nacido una protección *gradual* a su vida es muy limitado. En efecto,

los únicos espacios posibles para buscar un criterio para graduar (o moderar) la intensidad de la protección constitucional de la vida del nonato es atendiendo: (i) al sujeto cuya vida se protege (el nonato) o (ii) atendiendo a la vida del nonato como objeto de protección.

22°. En el primer caso (i), hay una certeza y una pregunta. La certeza dice relación con el instante a partir del cual "el que está por nacer" deja de tener dicha categoría, esto es, cuando se produce el parto o, más específicamente, cuando el cordón umbilical de la criatura es cortado. La pregunta, a su vez, es la siguiente: ¿es posible identificar un criterio de distinción racional o no caprichoso para trazar una línea del tiempo, anterior al nacimiento y posterior a su existencia como ser humano, que permita, así, proteger su vida sólo a partir de dicho momento? Curiosamente, cualquiera sea la respuesta, el criterio de distinción utilizado en el proyecto de ley hace caso omiso a las eventuales opciones (si las hubiera) que dicha norma permite. Lo que hacen quienes están por rechazar los requerimientos es buscar un sustento constitucional para el criterio de discriminación utilizado fuera del marco de la disposición constitucional que, indudablemente, es la más pertinente y relevante a la hora de decidir este caso.

23°. Para brindar un nivel de protección a la vida del no nacido de menor intensidad, con el fin, por su parte, de no perjudicar en demasía el interés de la madre embarazada, debe encontrarse, como ya lo dijimos, un criterio o parámetro que permita seleccionar aquellos nonatos que serán objeto de protección de los que no. En algunas jurisdicciones, como EE.UU. (a partir del caso *Roe v. Wade*), se utiliza un criterio de madurez gestacional del feto, el que se traduciría en un límite

de semanas de embarazo, a partir del cual se supone que el feto tendría la viabilidad fetal para sobrevivir autónomamente fuera del útero materno.

24°. En el segundo caso (ii), el criterio de distinción racional o no caprichoso para graduar o moderar la protección constitucional dispensada al que está por nacer debe buscarse atendiendo a la vida del nonato como objeto de protección. El problema es que, nuevamente, nos encontramos con un inconveniente insoluble: la vida de un nonato se identifica con su existencia, y ésta no es susceptible de graduación. Aquí nos encontramos ante una situación en que no puede entenderse que la ley protege la vida del nonato favoreciendo o permitiendo su muerte. Éste es aquel límite infranqueable más allá del cual la regulación legal deviene en inconstitucional.

25°. Debido a lo señalado con anterioridad, los órganos co-legisladores encontraron una, quizás novedosa, forma de presentar el proyecto de ley. Nos referimos a la equívoca expresión "despenalización de la interrupción del embarazo", en virtud de la cual se declara que se estaba en presencia de un proyecto sumamente moderado o de alcances muy restringidos. La prensa se refería al proyecto de ley como uno de "aborto en tres causales". La interrogante no se hizo esperar: ¿cómo puede hablarse de un proyecto de alcance restringido cuando en los casos de aborto contemplados se autoriza a la madre embarazada a dar muerte a aquel sujeto que está por nacer y que se encuentra en su vientre? ¿Cómo puede entenderse que la ley protege la vida de un nonato autorizando o favoreciendo, en caso de que la madre así lo decida, la muerte del mismo?

26°. No hay más de dos posibles explicaciones que pueden ensayarse para intentar demostrar que se trata de

un proyecto de alcance restringido. La primera forma de poder demostrar que la regla general es la consideración del aborto como un delito y que, como regla excepcional, sólo en tres causales se autoriza que la mujer opte por exigir la interrupción abortiva de su embarazo es, nuevamente, utilizando un criterio de graduación fuera del ámbito del inciso segundo del numeral primero del artículo 19 de la Constitución. Esto resultaría, como ya lo hemos sostenido, constitucionalmente inadmisibles, ya que implicaría pasar por alto, como si no existiera, la mencionada disposición.

27°. La segunda explicación alternativa que pudiera, eventualmente, dar lugar a demostrar de que se está ante un proyecto de aborto de alcance limitado es no considerando al nonato en forma individual, sino como parte de un colectivo compuesto por la suma de los no nacidos. Esta opción implicaría entender que el destinatario de la protección constitucional es la familia o grupo de los "no nacidos" como una entidad en sí mismo diferente de los que lo componen, y no todos y cada uno de los nonatos. En otras palabras, el supuesto carácter excepcional de los casos de aborto que el proyecto de ley permite tendría que fundarse en el supuesto de que los nonatos que caen en las hipótesis de las tres causales constituyen una parte menor de un conjunto mayor.

Como es fácil colegir, no puede estar acorde con la Constitución un supuesto en que ya no se protege la vida de cada uno de los no nacidos. Si esto fuera así, tendría que admitirse la legitimidad constitucional de una ley que impide que se de muerte a unos y que, por el contrario, la admite para todos aquellos contemplados en las tres hipótesis de aborto. Como ya lo hemos repetido, nunca puede entenderse que una ley protege la vida del no

nacido autorizando a que se le cause su muerte de manera directa y consciente.

28°. Puede parecer algo obvio y, por ende, innecesario de ser destacado, el hecho que el artículo 19, N° 1°, inciso segundo, de la Constitución, es la norma constitucional capital para resolver la controversia constitucional sometida a nuestro conocimiento. No existe ninguna otra norma de nuestra Carta Fundamental que se refiera al no nacido, ni menos a la vida del mismo. Pero no sólo eso, se trata de una norma con algunos atributos que la hacen especialmente valiosa, ya que se trata de una expresa, precisa y simple, todo lo cual facilita la labor del intérprete. Repetimos lo afirmado en uno de los primeros considerandos de este voto: la norma constitucional que consagra la protección de la vida del no nacido es clara, tanto para juristas como para las personas sin un conocimiento mayor del derecho.

29°. A diferencia de lo anterior, lo que no parece evidente, ni mucho menos, es la existencia de supuestos derechos constitucionales que se han enarbolado para justificar la constitucionalidad del aborto condicionado propuesto por el proyecto de ley. Salvo el derecho a la vida en el caso del mal llamado "aborto" terapéutico (primera causal), en donde, como ya se ha explicado en el voto por acoger, no existe un conflicto o tensión real entre la vida de la madre y la del hijo que está por nacer, el resto de los derechos invocados tiene un carácter muy general e impreciso.

Se invoca, por ejemplo, el derecho a la integridad física y por, sobre todo, psíquica de la mujer. Como es fácil imaginar, se trata de un derecho redactado con un grado de imprecisión importante y cuyo rango de aplicación es amplísimo. Esto no significa que no haya

sido sensato y conveniente, dada su imprecisión, la redacción de una norma con características de un principio más que de una regla.

Lo recién señalado vale aún más cuando el supuesto derecho que se enarbola es la libertad y autonomía reproductiva de la mujer, el cual no sólo es de una gran amplitud o vaguedad, sino que, además, no es uno que, a diferencia del anterior, tenga reconocimiento expreso en la Carta Fundamental.

Pero, lo que nos parece importante subrayar es que, para que un derecho implícito derivado de la interpretación que se realice de un principio constitucional general derrote no sólo a una norma constitucional clara y precisa, sino a una que, además, versa sobre una que protege algo tan esencial como la vida de un ser humano inocente, se necesita mucho más que un un ejercicio de creación interpretativa. Si ese fuera el caso, lo que se requiere es una modificación constitucional. Lo que no puede ponerse en duda es que la Constitución no le reconoce a la madre embarazada ningún derecho a poner fin a la vida de la criatura que se encuentra en su vientre. Hay que distinguir entre tener derechos o ser sujeto de protección constitucional y tener aspiraciones de reconocimiento jurídico constitucional.

V. - ACERCA DE LA REFERENCIA CONSTITUCIONAL A LA LEY.

30°. Uno de los pilares fundamentales de la estrategia argumentativa de la Presidenta de la República y el Presidente de la Cámara de Diputados ha consistido en interpretar la referencia a la ley contenida en el artículo 19, N° 1°, inciso segundo, de la Constitución como "una norma de habilitación para que el legislador

establezca los niveles de protección (civil, penal, sanitario, de salud previsional, administrativo, entre otros) para que el nasciturus o el no nacido; de suerte que corresponderá al legislador democrático definir los niveles de protección y en tal definición está por cierto la despenalización parcial objeto del proyecto de ley que se impugna" (Vista de la Causa. Minuta de alegato del abogado representante del Presidente de la H. Cámara de Diputados, p. 15).

31°. Siguiendo a Guastini (2001, *Estudios de Teoría Constitucional*, UNAM-Ciudad de México, pp. 159-160) bajo una concepción poco expansiva de la constitución, hay veces en que ésta deja espacios (por ejemplo, de la vida social y política) sin regular ("espacio[s] vacío[s] de derecho constitucional"), en los que el legislador "es libre de disponer en un sentido o de disponer en otro, o de no disponer nada", y otros espacios que sí son cubiertos, en distinta medida, por la Constitución. En nuestra opinión, es esto último lo que ocurre con el caso del no nacido, en el que la Constitución, de un modo expreso y con un relativamente alto nivel de precisión, establece un mandato al legislador para que dicte normas legales que protejan de modo específico al no nacido y respecto del único atributo susceptible de ser protegido: su vida, es decir, su existencia.

Por el contrario, desde una perspectiva expansiva de la Constitución, el espacio de maniobra del legislador es más restringido, debido a que, a través de una interpretación creativa (o "sobreinterpretación") de ciertos principios o disposiciones redactadas con un grado de precisión muy menor (como, en este caso, según nuestro concepto, "la integridad física y psíquica de las personas") se extraen innumerables normas implícitas o no expresas, idóneas para regular, si no todos, muchísimos aspectos de la vida social y política, con lo cual el

margen de acción legislativa se reduce significativamente.

Paradójicamente, éste es el caso de los defensores de la constitucionalidad del Proyecto, quienes extraen del aludido derecho a la integridad de las personas, el pretendido derecho de la madre embarazada a poner fin a la vida o existencia de su hijo en algunas circunstancias.

32°. Finalmente, hacemos presente algunas breves puntualizaciones respecto de la tan repetida idea de que "no hay ningún derecho (o deber de protección) que sea absoluto". Este tipo de afirmación suele aparecer cada vez que se señala que el mandato legal de protección de la vida de aquel que aún no ha nacido no se cumple si dicha ley autoriza a la madre, cualquiera sea el número de causales, ocasionarle deliberadamente la muerte de éste a través de la interrupción del embarazo. Al respecto, nos parece conveniente enfatizar que el recurrente argumento de que la interpretación constitucional de quienes están por acoger los requerimientos desconocería una especie de dogma constitucional fundamental debe ser utilizado con cuidado. El término "absoluto" admite diferentes interpretaciones y dependerá, entre otros factores, del grado de precisión con que esté redactada la norma. Es más, siempre el límite o contorno dentro del cual puede moverse el legislador puede considerarse como un "absoluto" o como un punto que "siempre" deberá respetarse o, lo que es lo mismo, que "nunca" deberá traspasarse.

Se previene que los Ministros señora María Luisa Brahm Barril y señor José Ignacio Vásquez Márquez concurren a la decisión de rechazar los requerimientos deducidos a fojas 1 -salvo en lo relativo a la impugnación a la regulación que el proyecto realiza de la objeción de conciencia como ya se ha establecido en la presente sentencia- pero sin compartir lo razonado en los siguientes párrafos y considerandos del voto de mayoría:

Los considerandos 26, 27 y 30, todos ellos relativos a criterios interpretativos.

1°. Que, los dos primeros dicen relación con criterios que importan la auto limitación en el ejercicio de las atribuciones que este Tribunal detenta, y que estos Ministros no comparten.

En efecto, en el moderno Estado Constitucional de Derecho, la jurisdicción constitucional se incorpora a éste en el bien entendido sistema de frenos y contrapesos al poder, que constituye el auténtico sentido y esencia del principio de separación de funciones. De este modo, el rol de esta jurisdicción es el de preservar el equilibrio de los poderes, dirimir los conflictos entre ellos, controlar la constitucionalidad de las leyes y resolver las cuestiones que en tal sentido se susciten, así como declarar la inaplicabilidad de preceptos legales que vulneren la Constitución y los derechos fundamentales.

2°. Que, de acuerdo a lo anterior, el rol de los Tribunales Constitucionales, en general, tanto en Chile como en otros países, es el de ser el máximo intérprete del texto constitucional (parafraseando a Montesquieu, sería "la boca que pronuncia la Constitución"). Por lo mismo, estos Ministros consideran necesario que no se pueden estipular limitaciones al ejercicio de esta labor de hermenéutica constitucional, tan importante para el respeto y protección de la Carta Fundamental y así por lo demás lo hacen presente en esta prevención.

3°. Que, por otra parte, en lo que respecta al considerando 26, relacionándolo a su vez con lo antes dicho, estos Ministros han estimado pertinente hacer presente, en todo caso, que la Constitución no puede ser interpretada de cualquier forma, lo que importa un desafío para el ejercicio de nuestra jurisdicción, lo cual debe traducirse en una fidelidad interpretativa al texto y sentido de la Constitución y la adopción adecuada de las reglas de hermenéutica.

En este contexto la Carta Fundamental nos obliga a ejercer una jurisdicción destinada a resolver los conflictos sobre cuestiones de constitucionalidad promovidas por órganos legitimados, lo cual debe hacerse con plena objetividad y racionalidad tanto jurídica como constitucional, a fin de servir de complemento efectivo y constructivo a la labor legislativa, en el marco de colaboración interinstitucional y del principio de supremacía constitucional.

4°. Que, por lo anterior, afirmamos que la procedencia del *originalismo* como único criterio interpretativo de la Constitución, resulta insuficiente y poco flexible, en general, por lo que será necesario siempre utilizar otros criterios de hermenéutica que permitan resolver el conflicto constitucional con la mayor certeza y adecuada razonabilidad y ponderación.

En este sentido, el recurso a la historia fidedigna del precepto contenido en el inciso 2° del N° 1 del artículo 19 de la Constitución, resulta particularmente pertinente, en tanto que sumado al análisis reflexivo de su texto y la consideración de su relación con otros preceptos de la misma Carta Fundamental en aras a buscar armonía entre ellos, fluye incontestablemente para estos Ministros que no existe en norma alguna constitucional, un supuesto derecho general de las mujeres a abortar. En efecto, el aborto libre sin causales no está permitido constitucionalmente, y a ello se opone claramente la

norma del inciso 2° del N° 1 del artículo 19 Constitucional, que esboza como regla generalísima la protección del no nacido, cediendo ésta, únicamente, claro está, en casos excepcionales y calificados por el legislador, como los que el proyecto contempla.

Así, por lo demás, fue reconocido en estrados por quien compareció a nombre de la Cámara de Diputados.

Se previene que los Ministros señora María Luisa Brahm Barril y señor José Ignacio Vásquez Márquez concurren a la decisión de acoger parcialmente los requerimientos deducidos a fojas 1, en lo concerniente a la regulación que el proyecto realiza de la objeción de conciencia, pero sólo en conformidad a los razonamientos que se reproducen a continuación:

1°. Que la objeción de conciencia como instituto de garantía, no se encuentra regulado constitucional ni legalmente, y la jurisprudencia de este Tribunal carece de pronunciamientos al respecto. Sin perjuicio de ello, y recurriendo en primer lugar a la doctrina existente en la materia, respecto del conflicto entre la objeción de conciencia y la obediencia al Derecho por el carácter coactivo de las normas, se ha dicho en relación a la primera que *"frente a la obligación jurídica se excepciona por razones justificadas de carácter moral, de tal manera que se considera razonable que aquellos que se encuentren en una situación de conciencia, no exclusivamente subjetiva sino con posibilidades de convertirse en ley moral universal, donde el cumplir la obligación citada de todo punto imposible encuentre una regulación jurídica que apoye su pretensión"* (Gregorio Peces-Barba, "Desobediencia Civil y objeción de conciencia". Universidad Complutense. Facultad de Derecho 1988, páginas 168 y 169). Que el mismo autor citado distingue entre una objeción de conciencia

permitida jurídicamente y otra de naturaleza más amplia, "cuando se producen situaciones ante obligaciones jurídicas que se consideran susceptibles de recibir un amparo jurídico eximiendo a quienes las esgriman del cumplimiento de las mismas";

2°. Que en segundo lugar, y a fin de encontrar sustento en nuestro ordenamiento jurídico a la posibilidad de efectuar objeción de conciencia ante obligaciones jurídicas difíciles o imposibles de cumplir en razón de convicciones personales, podemos deducir dicho instituto del derecho constitucional a la libertad de conciencia, establecido en el artículo 19 N° 6 de la Constitución Política, que reconoce la plena autonomía de las personas para creer o no creer en algo y en consecuencia, a hacer presente o representar ante quien corresponda, su impedimento al cumplimiento de obligaciones o deberes jurídicos que contraríen dichas creencias. Así por lo demás ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional Español precisamente en relación a la práctica del aborto establecida por la ley indicando que "La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales";

3°. Que cabe advertir que la denominada objeción de conciencia institucional no podría entenderse amparada por el artículo 19 N° 6 de la Constitución, pues ella está orientada fundamentalmente bien sea a la libertad individual de creencia, o bien sea, a la protección de las entidades religiosas y al ejercicio del culto, presupuesto que no concurren necesariamente tratándose de entidades de salud;

4°. Que en lo relativo a la objeción de conciencia por parte de las instituciones, si bien es cierto, la conciencia es una facultad exclusiva de las personas individuales, sin embargo ellas persiguen finalidades específicas cuyo amparo por parte del Estado está reconocido constitucionalmente en el artículo 1° inciso tercero, al señalar éste que se reconoce a los cuerpos sociales intermedios la debida autonomía para cumplir con sus fines;

5°. Que, con todo y en función de la debida ponderación de los bienes jurídicos en juego, el ejercicio de estas facultades excepcionales no puede importar bajo ningún respecto la desprotección de derechos fundamentales, aún menos del derecho constitucional a la vida de las personas y de la mujer en particular;

6°. Que en atención a los fundamentos precedentes, estos Ministros previenen en el siguiente sentido;

7°. Que en lo relativo a la oración "*profesional al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención*", contenida en el inciso primero del artículo 119 ter del Código Sanitario, modificado por el proyecto de Ley en cuestión, estos Ministros afirman que es inconstitucional únicamente la expresión "*profesional*" dentro de dicha frase, de manera de permitir la objeción de conciencia de todo el personal que interviene directamente en el procedimiento médico quirúrgico;

8°. Que, en lo relativo a la frase "**en ningún caso**", contenida en el inciso primero del mencionado artículo 119 ter del Código Sanitario, modificado por el proyecto de Ley en cuestión, los Ministros previnientes estiman que ella es inconstitucional, toda vez que de otra forma se vulnera la autonomía de los cuerpos

sociales intermedios para cumplir con sus fines específicos, tal como se reconoce en la Constitución Política de la República, imponiéndole al Estado, además, un deber de amparo respecto de aquella;

9°. Que, no obstante lo anterior, estos Ministros entienden que dicha garantía debe ejercerse de manera armónica con los derechos de la mujer afectada por alguna de las causales del proyecto de Ley, de modo tal que la institución deberá adoptar todas las medidas tendientes a efectuar la derivación de la mujer a un establecimiento donde dicha objeción no esté presente, de modo de asegurar siempre la protección de los derechos constitucionales a su integridad física, psíquica y a su salud en general;

10°. Que, en lo relativo al inciso final del artículo 119 ter que se incorpora por el proyecto de Ley al Código Sanitario, estos Ministros estiman inconstitucional la última parte del mencionado inciso, que señala: *"Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119"*. Lo anterior, en el entendido que esa inminencia en el plazo es la suficiente para efectuar el traslado de la mujer a otro establecimiento donde si pueda ser objeto de la debida intervención médica, de modo de no impedirle acceder a la interrupción del embarazo dentro del plazo legal de 12 o 14 semanas, según corresponda;

11°. Que lo anterior es consistente tanto con la definición que según la Real Academia Española debe darse al término "inminente", al definirlo como aquello *"Que amenaza o está para suceder prontamente"*, como con el debido respeto al derecho constitucional a la vida de la mujer.

El Ministro señor Nelson Pozo Silva previene que concurre a la decisión de declarar como contrario a la Constitución el artículo 1°, numeral 3°, inciso primero del proyecto de ley, que introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario pero sólo en lo concerniente a la voz "profesional" contenida en dicha disposición, por las razones que señala a continuación:

A. LIBERTAD DE PENSAMIENTO.

1°. Que la facultad de conducirse de acuerdo con las propias convicciones y mantenerse frente a terceros, tanto de palabra, a través de las libertades de expresión y enseñanza, mediante actos coherentes con ella, es la forma como se ampara la libertad de pensamiento.

El ejercicio de dicha libertad tiene como límite el respeto de los derechos de los demás, límite que podrá ser entregado al legislador. Además la idea de la fuerza expansiva de los derechos y la necesidad de interpretar los límites que se instauren, nos conduce a que la mera existencia formal de un deber jurídico no anula, en principio, la potestad de actuar conforme a las propias convicciones, situación que estaría protegida mediante el derecho específico a la objeción de conciencia. No se trata de una protección absoluta e incondicional, de forma que el fundamento del deber jurídico objetado, que es la pretensión de incumplirlo no resulta admisible para el Derecho aunque lo sea para el sistema moral del sujeto, entonces surgirá el conflicto que desemboca en la objeción de conciencia;

2°. Que la autonomía de un sujeto, aunque al principio inmune frente a la coacción del Estado y de otras personas, encuentra un límite insalvable para su expansión en la autonomía de los demás, protegida por los mandatos jurídicos que ordenan a la comunidad;

3°. Que adoptando un criterio amplio de libertad de pensamiento, que incluya reflexiones éticas de la persona, como si se restringe al derecho que ampara únicamente los juicios morales del sujeto se puede afirmar que se trata del derecho que fundamenta, en última instancia, y ampara la objeción de conciencia;

4°. Que, debe entenderse, desde la perspectiva de la normativa aplicable a un sistema jurídico que, existe un grado de relación entre la libertad ideológica y religiosa y la libertad de conciencia, hasta el punto que ésta es una consecuencia del derecho fundamental que se da en una situación muy concreta: cuando la actuación en conciencia resulta contraria a un mandato jurídico;

B. OBJECIÓN DE CONCIENCIA COMO MANIFESTACIÓN DE LIBERTAD DE PENSAMIENTO.

5°. Que, sin embargo, la objeción de conciencia, o mejor dicho, su ejercicio con plenos efectos libertarios para el objetor, es parte del contenido esencial de la libertad de pensamiento y, debe admitirse de manera excepcional;

6°. Que se trata de un derecho distinto, no fundamental, con elementos delimitadores diferentes y que seguirá en su ejercicio una lógica propia;

7°. Que la objeción de conciencia sólo aparecerá en una circunstancia muy concreta y con un alcance muy determinado. Se trata de un derecho de características peculiares y estructura atípica: en primer lugar, por suponer un deber correlativo para otra persona de neutralizar para el objetor la exigibilidad de un deber jurídico incompatible con la conciencia de este, y en segundo lugar, por ser siempre dependiente de una obligación como excepción a la misma, lo que impide su estabilidad y permanencia (Gregorio Peces-Barba Martínez, Desobediencia civil y objeción de conciencia. En. Derecho

y derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 390);

8°. Que el vínculo entre ambos derechos consiste en que, al hablar de objeción de conciencia estamos ante algo cercano a un "derecho constitucional autónomo". El efecto de esto y su calificación tienen una implicación en la reducción de su ámbito de aplicación y desvincula la objeción de conciencia de su fundamento y explicación, de forma tal que se reducen las posibilidades de objeción a los casos normativamente previstos, separando la objeción de conciencia de la libertad de conciencia. En otras palabras, la objeción de conciencia debe entenderse como derecho independiente pero no autónomo, por ser consecuencia, en última instancia del reconocimiento de la libertad de pensamiento. Con esto queremos señalar que no estamos en presencia de un derecho fundamental general a la objeción de conciencia con efectos liberatorios para toda persona que lo invoque en cualquier situación;

9°. Que la clave para entender que significa y como opera el derecho a la objeción de conciencia se encuentra en la circunstancia, que como todo derecho, su delimitación debe ser precisa y su alcance nunca será absoluto;

C. OBJECIONES DE CONCIENCIAS.

10°. Que para Alfonso Ruiz Miguel (Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia. En. Anuario de Derechos Humanos, 1986-87, N°4, p. 416), en relación a la objeción de conciencia: "Proponer una teoría general lo más completa y coherente posible sobre el tema que delimitara las razones en las que tal objeción podría fundamentarse y que estableciera criterios para diferenciar entre posibles casos que merezca un trato distinto", no puede suponer la aceptación con carácter general de toda pretensión calificable como objeción de conciencia, sino simplemente la posibilidad de establecer

una regulación aplicable a todo presupuesto en que pueda aparecer;

11°. Que en el caso de objeción de conciencia el proceso subjetivo que lleva a ella no es evaluable externamente sin entrar en injerencias inadmisibles en la conciencia personal. En términos formales como la valoración de cada persona a la del deber, hecho que, como tal, siempre define la objeción de conciencia, corre el riesgo de acercarse peligrosamente a la definición del fenómeno a la valoración del contenido de las creencias del sujeto objetor;

12°. Que el deber objetado es un elemento relevante en el esquema del derecho, pero no tiene la entidad suficiente como para justificar el tratamiento de cada supuesto de objeción de conciencia como fenómenos de diferentes naturaleza o sustancia, pues el elemento definitorio de esta institución es el juicio de conciencia de la persona a partir de la contradicción entre mandatos. El objeto material regulado por el deber jurídico al que se objeta es secundario, no hace variar la naturaleza jurídica de la reacción moral que pueda suscitarse frente a él.

Como un fenómeno eminentemente subjetivo, la objeción de conciencia, al plantearse para las distintas personas en distintas situaciones, siempre repetirá el mismo esquema, variando sólo el elemento más externo al sujeto (el deber objetado) y el contenido del juicio de valor al respecto, aunque no la conclusión de este (el rechazo por considerarlo incompatible con las propias convicciones) (Daniel Capodiferro Cubero, La objeción de conciencia: estructuras y pautas de ponderación, Ed. Bosch, España, 2013, p. 37);

D. CONCEPTO DE OBJECIÓN DE CONCIENCIA.

1. DOCTRINA CLÁSICA.



13°. Que históricamente la doctrina emanada de la sentencia 15/1982 del Tribunal Constitucional español argumentaba que la objeción de conciencia era una especificación de la libertad de conciencia, por la que dado que esta supone también el derecho a obrar de modo conforme a los imperativos de la conciencia, se concluía que "puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español (FJ 6°). En otras palabras se admitía la plena vinculación entre la libertad de pensamiento y objeción de conciencia, y para poder operar en la práctica, era necesario que la objeción de conciencia fuera declarada en cada caso concreto, puesto que, por tratarse de "una excepcional exención a un deber" lo que se obtiene por sí misma es "el derecho a ser declarado exento de un deber que, de no mediar tal declaración, sería exigible bajo coacción" (FJ 7°).

En dicho fallo se reconoce que no estamos en presencia de una potestad absoluta de liberar de los deberes jurídicos, sino un derecho a acogerse a una alternativa regulada a los mismos en caso de conflicto con las convicciones personales;

14°. Que la sentencia 15/1982 se refiere a un caso de objeción de conciencia en una materia concreta (el servicio militar) y se remarcaba la necesidad de la previsión normativa expresa para la objeción. En sentencia 53/1985, el TC español fue más allá y reconoció la objeción de conciencia con plenos efectos con carácter general como derecho, relativo al objeto principal de la sentencia, que era: **la constitucionalidad de la ley que despenalizaba el aborto en determinados supuestos.**

En el referido fallo se vinculó directamente la objeción de conciencia con la libertad ideológica y religiosa, al tiempo que aplicaba directamente del Texto

Constitucional, especialmente en materia de derechos fundamentales;

2.- EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

15°. Que el Tribunal Constitucional español en sentencias 160/1987 y 161/1987 limitó el criterio de su propio precedente 15/1982. Aun considerando como partida que la posibilidad de objetar en conciencia debía estar reconocida en el Ordenamiento Jurídico de alguna manera, a fin de impedir nuevos supuestos de manera descontrolada, quebrándose inevitablemente el principio de seguridad jurídica;

16°. Que en los últimos laudos establece que "...la objeción de conciencia a la práctica de abortos a juicio del Tribunal Constitucional español, merecería estar amparado de alguna manera por sus circunstancias particulares, sin valorar demasiado que consecuencia podría tener la argumentación para la figura de la objeción de conciencia en otras manifestaciones. Sobre todo cuando se trataba de un tema tangencial al objeto principal de la Sentencia: la posibilidad de negarse a practicar abortos por motivos de conciencia en el momento en que la democracia conocía la legalización del aborto cuestión polémica objeto de fuertes tensiones políticas: Además el cambio en la línea del Alto Tribunal es evidente: **"se pasa de un reconocimiento como derecho con alcance general a considerar que la ampliación de los supuestos de objeción de conciencia que, por lógica, derivaría de ese reconocimiento es algo peligroso para el Estado de Derecho"** (Daniel Capodiferro Cubero, *op. cit.*, p.65).

En el fondo el comportamiento objetor debe ser siempre la excepción, a fin de no crear una fórmula que justifique la posibilidad de desobediencia general de las leyes, es la doctrina jurisprudencial que emana de la Magistratura constitucional española;

3.- TIPOS DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

17°. Que existen dos variedades dentro de la figura de objeción de conciencia, la denominada objeción de conciencia "contra legem" y la objeción de conciencia "secundum legem" o impropia. La primera abarcaría aquellas actuaciones que lleva a cabo la persona, basada en su conciencia, en contra del mandato de una norma legal que impone un determinado comportamiento no sólo sin alternativa posible, sino contemplando una sanción por el incumplimiento. La segunda -objeción de conciencia secundum legem- comprenden los supuestos en que la propia norma que contiene el mandato jurídico rechazado contempla un comportamiento alternativo a este o, simplemente le dispensa de realizarla si aduce razones morales lo bastante consolidadas para ello en definitiva, la objeción de conciencia impropia no merece la calificación de objeción por no presentar el factor de oposición al mandato normativo;

18°. Que la objeción secundum legem sería una manifestación directa de la libertad ideológica y religiosa. En concreto la libertad para conducirse de acuerdo con las propias convicciones entre las libertades amparada por el Derecho siendo el respeto por parte del Poder Público a la actuación en conciencia de la persona lo que fundamenta la exención al cumplimiento del deber en cuestión. La mera oferta de un deber alternativo hace que la existencia del mandato principal no sea lesiva para el derecho del sujeto, porque este sería libre para escoger el cumplimiento de aquel para salvar los impedimentos para su fuero interno que implicaba el deber original. Reconociendo una opción de conducta, el Legislador evita un conflicto, permitiendo elegir al sujeto dentro del sistema que instaura pero no porque considere que sus convicciones son superiores o las

acoja, sino simplemente por respeto a su libertad, solventando un problema social.

No se puede calificar la objeción de conciencia *secundum legem* como un derecho de opción ni como una alternativa porque la persona no tiene la plena potestad para escoger una u otra posibilidad de actuación. El sujeto no es libre en términos absolutos para decidir que deben cumplir, necesita una justificación fuerte para poder acogerse al deber alternativo (Marina Gascón Abellán, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 249);

E.- EL DEBER JURÍDICO.

1.- CONCEPTO.

19°. Que el deber jurídico consiste en una obligación emanada y respaldada, normalmente mediante medios coactivos, por el Derecho con independencia de su destinatario o alcance. Se distingue del deber moral del continente y no por el contenido, ya que este último no está presente en una norma formal y materialmente jurídica (positivizada). No se excluye que el deber jurídico en cuestión pueda tener carga ética o valorativa. Es más, por regla general la tiene, toda vez que Derecho y la moral distan de ser compartimiento estancos y el primero siempre responderá a los postulados de una moral pública. Es importante distinguir entre deberes públicos y deberes privados, siendo los deberes jurídicos privados aquellos fijados en un contrato civil o mercantil o derivados de una relación laboral o estatutaria. Frente a éstos los deberes públicos serían los contenidos en normas de alcance general emanadas de los Poderes Públicos conformadores muchas veces de garantías constitucionales, y donde están presentes bienes e intereses públicos que pertenecen a todos y respecto de los que los ciudadanos no sean

obligados, si bien le son exigibles en su reconocimiento por su propia naturaleza y condición;

2.- DEBERES JURÍDICOS PRIVADOS.

20°. Que si bien existe una discusión doctrinal alrededor de la admisibilidad o no de la objeción de conciencia a deberes de derecho privado, eminentemente los derivados de relaciones contractuales de trabajo, denominadas empresa de tendencia u organizaciones de tendencias o también llamadas empresas ideológicas, cabe señalar que el problema se plantea desde la perspectiva de determinar si la profesión de una determinada creencia religiosa o ideológica puede justificar un trato diferenciador en el seno de la empresa que exima al trabajador afectado de sus obligaciones laborales, concretamente de un trabajo incompatible con sus creencias o convicciones, no es menos cierto que en virtud del principio de autonomía de la voluntad y la teoría general de las obligaciones se excluye la posibilidad de objetar un deber que ha sido directa, expresa y conscientemente asumido de forma válida por un sujeto;

21°. Que permitirlo, en la hipótesis anterior atentaría contra la seguridad jurídica, base del tráfico jurídico privado, en la medida que cualquiera podría hacer desaparecer la garantía de cumplimiento que se deriva de la asunción de un compromiso. En estos casos concretos la forma de salvar el imperativo de conciencia es simplemente abstenerse de asumir el compromiso, en otras palabras no comprometerse;

22°. Que, en el caso de la objeción de conciencia en las relaciones del ámbito laboral, específicamente el derecho que pudiere existir en el caso de la obligación profesional de proceder a la práctica de una interrupción del embarazo, en los casos permitidos por el legislador, circunscrita a las profesiones sanitarias, la libertad

ideológica del trabajador esta, en última instancia, protegida directamente por el proyecto de autos.

De esta manera el ejercicio de la objeción de conciencia en el ámbito de relaciones laborales se verá muy limitado, aunque tampoco negado de raíz. El propio contrato lo podría asumir y precaver cualquier dificultad. Debe atenderse a las circunstancias del caso concreto, ponderando el sacrificio de la libertad de conciencia del trabajador sobre la base de su estricta y proporcionada necesidad para el cumplimiento de los fines empresariales;

3.- DEBERES JURÍDICOS DERIVADOS DEL SERVICIO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

23°. Que conjuntamente con lo ya expresado hay que agregar un matiz para los deberes derivados en el servicio de la Administración Pública, que afectan en cuanto es posible asimilar a los deberes jurídicos privados-laborales emanados de la relación existente entre el empleado público y la Administración. Dichos deberes que afectan a un funcionario o persona contratada por el Estado (en un rol o labor con repercusión pública) merecen un trato diferenciado en la medida que su justificación última es la realización de los terceros o del interés general cuya garantía compromete al Poder Público;

24°. Que en tales circunstancias, no sólo está presente el compromiso adquirido mediante la autonomía de la voluntad por parte del trabajador(público), sino también la necesidad de buscar y satisfacer el interés general mediante la realización de las obligaciones de su trabajo, cosa sobre la que ha recaído el compromiso voluntario del empleado público. La clave desde esta perspectiva la entrega el alcance de las consecuencias del cumplimiento o incumplimiento de estos deberes, los

cuales trascienden el ámbito particular en relación del ámbito privado entre trabajador y empleador;

25°. Que el pleno sometimiento a la ley, recogida constitucionalmente, complementada con los derechos y deberes del estatuto básico del Empleado Público, donde principios éticos, como tales: el respeto del ordenamiento, la búsqueda del interés general, la buena fe y el respeto de los derechos humanos y la prohibición de discriminación, obedeciendo a sus superiores jerárquicos y respetando a los ciudadanos conforman una trama de deberes y obligaciones entre el funcionario y la administración;

26°. Que de esta manera los derechos quedan delimitados por las características de la función, por lo que la opción de cumplimiento efectivo y eficiente de esta conforma el entramado de ponderación para valorar objeción de conciencia en los empleados públicos, sobre todo cuando su actuación puede afectar negativamente a derechos de terceros.

El conflicto de conciencia, que nace a partir de un deber que vincula al empleador con el empleado no tiene por qué repercutir en los ciudadanos y usuarios del sistema de salud, de cuya demanda nace el deber objetado, pues no se les puede considerar responsables de la posible lesión en la libertad ideológica o religiosa del objetor;

F. - PONDERACIÓN.

27°. Que si la conducta del objetor afecta negativamente a determinados derechos y principios constitucionales sobre los que no tienen ninguna legitimidad para disponer parece razonable que el Ordenamiento Jurídico no permita la plena expansión de su derecho, al no garantizarle la protección del resto de elementos de su entorno. Lo que se busca, en cuanto fuere posible, un equilibrio entre ellos y la libertad de

pensamiento del objetor mediante un juicio de ponderación que confronte ambos bienes jurídicos y concluya cual debe ser sacrificado y en qué medida;

28°. Que el entorno de la objeción de conciencia en el caso de autos se realiza mediante el cuestionamiento del modelo jurídico propuesto por el Legislador, sobre el cual se observa que se requiere una prestación médica universalmente en todo establecimiento o servicio de salud a la paciente que así lo requiera, invocándose que si bien esta no puede resolverse de conformidad a la objeción de conciencia institucional, no es menos cierto que tal situación ha de entenderse (fojas 103 y 104 del expediente), como una limitación a las exigencias que el Estado puede efectuar a las instituciones que tienen determinado ideario religioso o no, invocándose una libertad de conciencia y empresarial con sello ideológico, lo cual se aduce una razón de liberación del deber objetado;

29°. Que en el caso de colisión entre las convicciones personales y los deberes derivados de un contrato privado civil o mercantil también está en juego un interés público que es la seguridad pública como fundamento del tráfico jurídico privado, que junto con el principio de prohibición de ir contra los actos propios, resulta inadmisibles como argumento;

30°. Que en el supuesto de los deberes derivados de una relación de empleo público el juicio de ponderación sobre la admisibilidad de cada caso posible de objeción es más complejo, ya que existen tantos intereses generales (a cuya satisfacción se oriente el puesto de trabajo del que derivan los conflictos de conciencia) como elementos propios de la relación laboral privada. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la libre asunción de las labores del puesto por quien entra o trabaja como empleado público, situación asimilable a la sujeción a un contrato de trabajo privado;

31°. Que por su propia finalidad el empleo público añada matices, no necesariamente negativos respecto de la admisibilidad de objeción de conciencia. En efecto, toda actuación del empleado público en el desempeño de sus funciones puede afectar potencialmente a derechos de terceros, tanto el cumplimiento normal, positivamente, como el cumplimiento anómalo, siendo estos derechos, por regla general, un límite al ejercicio de los derechos propios. Otra peculiaridad, lo constituye el alcance, en este caso, del principio de seguridad jurídica, al no agotarse entre los particulares y fundamentar el principio de confianza legítima hacia la Administración;

32°. Que finalmente sobre este tópico, facilita la consideración de la objeción de conciencia el hecho de que un empleado público es, en principio, perfectamente sustituible en el ejercicio de sus funciones, dado que la obligación para con el ciudadano recae en el Estado y se materializa mediante una plantilla con una capacidad idéntica en función del puesto gracias al sistema de acceso basado en el mérito y la capacidad (Daniel Capodiferro Cubero, op.cit., págs. 152-153);

G.- CONCLUSIONES.

33°. El problema de la inclusión de la objeción de conciencia sin límites en un ordenamiento jurídico es la desaparición práctica de éste. En la medida que el Derecho es el garante último de la paz social y la libertad individual, negar, por norma general, la obligatoriedad de las normas al hacerlas depender de la voluntad individual equivaldría a hacerla desaparecer;

34°. La objeción de conciencia debe entenderse como una autorización normativa de conductas que, de otro modo, estarían completamente vedadas. Se trata de una opción que el Derecho ofrece, bajo condiciones estrictas, a los sujetos obligados por un **deber jurídico** para liberarse del mismo en casos tasados, incumpliendo el

principio general de la obediencia a las normas que, de otro modo, sería insalvable este carácter de autorización y, por tanto, es de naturaleza excepcional;

35°. Que un reconocimiento normativo, con la mayor precisión posible, del derecho de objeción de conciencia como tal en relación con aquellos supuestos en los que pueda operar, con independencia de los requisitos que se exijan en cada situación para que la pretensión del **objector** produzca efectos liberatorios o que pudiera haber la posibilidad, por razón de las peculiaridades características del deber que se rechaza u objeta, de otorgar efectos a una pretensión de objeción de conciencia ante un supuesto no reconocido;

36°. Que ante una falta de regulación unitaria de la institución -objeción de conciencia-, con alcance general, donde se defina en que consiste el derecho de objeción de conciencia, cuál es su fundamentación, en qué supuestos y cómo resulta operativo y cuáles son los mecanismos para su garantía. No es un derecho fundamental, aunque su vinculación necesaria con la libertad de pensamiento hace que tampoco deba ser considerado un derecho constitucional autónomo;

37°. Que la fórmula que parece más acertada, en la doctrina ha sido la empleada por la Constitución portuguesa en su Art. 41.6: el simple reconocimiento del derecho acompañado de la remisión a la ley como instrumento necesario para la configuración efectiva de su contenido y alcance y, quizá, en establecimiento de la garantía del recurso de amparo para su defensa;

38°. Que la Constitución, por sus características como fuente del derecho no puede albergar el nivel de detalle preciso para que la regulación de la objeción de conciencia cumpla su función como garantía del derecho individual al tiempo que se asegura que su ejercicio no vulnera derechos de terceros, o bienes o intereses legítimos;

39°. Que a nuestro entender se trata de un caso donde el derecho de formulación es estrictamente legal, en la medida que su existencia puede extrapolarse del reconocimiento de la libertad de pensamiento. No es necesario el reconocimiento constitucional expreso del derecho a la objeción de conciencia, bastando su integración dentro del conjunto del Ordenamiento con la debida delimitación y el establecimiento de sus límites. Es un derecho de configuración puramente legal;

40°. Que se trata de un instituto con carácter de excepción condicionada, puesto que el planteamiento de un caso de objeción de conciencia fuera de las previsiones normativas y, por tanto, sin reglas de ejercicios ni límites expresos va a generar plenos efectos liberatorios respecto del deber objetado, resulta en la práctica que tal opción no tiene cabida en el sistema jurídico. No toda conducta calificable como opción de conciencia será admisible, debiendo establecer la autoridad las pautas para una correcta ponderación de los elementos en juego que defina claramente cuáles son los límites a la actuación del objetor en conciencia, de modo que ante ellos su pretensión, aunque legítima y amparada en derecho no pueda ser satisfecha;

41°. Que la objeción de conciencia debe ser analizada en dos niveles: el de la identificación y el de la admisibilidad. En el primer caso resulta necesario asegurarse que la pretensión del sujeto constituye verdaderamente un ejercicio de este derecho mediante su contraste con los elementos objetivos y subjetivos definitorios del mismo para el supuesto concreto. En caso de contar con regulación expresa, las características que debe revestir la conducta estarán contenidas en la norma de reconocimiento que, de no contenerlas, constituirá una previsión claramente insuficiente o inadecuada.

La correcta definición del derecho se precisa al establecimiento positivo de, al menos que deberes son objetables de inicio y cuáles no, aunque es evidente el problema de exhaustividad de una lista de este tipo. También deberían explicitarse el procedimiento y los elementos a tener en cuenta en el juicio de comprobación que permita saber si la situación de hecho que se nos presenta se ajusta a la definición del supuesto de objeción de conciencia, y, por tanto, puede ser considerada como un caso amparable por el mismo;

42°. Que la admisibilidad de la pretensión del objetor en las circunstancias concretas del caso, ponderando tanto aquellos elementos del entorno predicables del supuesto general de objeción de conciencia aplicable como aquellas circunstancias específicas de la situación individualizada. La norma reguladora debe establecer tanto la fórmula para ejercer el derecho como las pautas para valorar la pretensión, sin perjuicio de la posible aplicación de límites no expresamente previsto;

43°. Que resulta posible concluir que un determinado supuesto de objeción de conciencia no debe ser admitido en ningún caso. A contrario sensu, habrá casos en los que, por las circunstancias concretas sea más sencillo que el sujeto pueda anteponer sus dictados morales al deber jurídico;

44°. Que habrá de valorarse la admisibilidad y establecer límites adecuados y precisos mediante lo que se garantice, incondicionalmente la satisfacción de los objetivos buscados a través del deber jurídico cuyo cumplimiento se rechaza al tiempo que se intenta salvaguardar, en la medida de lo razonable la libertad de pensamiento del objetor;

45°. Que a modo de sumario de lo argumentado precedentemente cabe expresar lo siguiente:

a.- Que para este previniente la objeción de conciencia nunca podrá ser institucional, por ser un atributo o derecho de la persona, de los individuos y sujetos de derechos.

b.- Que como ha acaecido en la legislación comparada se han regulado las peculiaridades del procedimiento de ejercicio de la objeción de conciencia creando un registro de objetores (por ejemplo Castilla - La Mancha y Navarra, Cataluña al regular la Generalitat en julio de 2009 con el Consejo de Colegios Farmacéuticos de Cataluña un protocolo respecto de la dispensa sin receta médica de las farmacias catalanas, la venta de anticonceptivos de emergencia, la Ley 8/1998 de la Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Autónoma de La Rioja donde se reconoce el derecho a objeción de conciencia del farmacéutico, siempre que no se ponga en peligro la salud del paciente o usuario, etc.).

c.- Que la objeción de conciencia no puede afectar en su eventual aplicación los derechos de los ciudadanos, ni tampoco limitarlos o condicionarlos, ya que tal circunstancia en ningún caso puede afectar a terceros, circunstancia que limita de manera directa el derecho a la salud del usuario.

d.- Que, igualmente, aquellas instituciones que reciben recursos del Estado o se encuentren afectos a planes de salud con incidencia e intereses del Estado, no pueden invocar la objeción de conciencia, en la medida que afecte intereses de terceros.

e.- Que resulta necesario la adecuación en los estatutos sociales, en aquellas instituciones con sello religioso, ideológico o de creencias morales diversas, a fin de que en el ámbito de sus propios establecimientos, y sin afectar intereses de terceros ni tampoco comprometer fondos del Estado, puedan desarrollar actividades propias de "organizaciones de tendencia", sin

perjuicio de las acciones legales de amparo y protección que consagra la legislación.

f.- Que en un estado laico no puede existir lugar a objeción de conciencia en los establecimientos de salud público ni en aquellos que reciban cualquier tipo de financiamiento del Estado, puesto que su invocación escapa a los criterios del instituto en comento.

46°. Que sólo se acogerá la voz "**profesional**" que señala el inciso 1° del artículo 119 ter del Código Sanitario, sustentado en que su utilización en el contexto de la norma resulta discriminatorio, en la medida que no corresponde diferenciar los profesionales de aquellos que no lo son, vulnerando de esa manera la garantía constitucional del artículo 19, N°2, constitucional, esto es, la igualdad ante la ley.

47°. QUE, ATENDIDAS LAS CONSIDERACIONES ANTES EXPUESTAS, ESTE PREVINIENTE ESTÁ POR ACOGER LOS REQUERIMIENTOS **SÓLO** EN CUANTO LA VOZ "**PROFESIONAL**", señalada en el inciso primero del artículo 119 ter del Código Sanitario, incorporado por el artículo 1°, N°3, del proyecto de ley en estudio, RESULTA INCONSTITUCIONAL.



Redactó el primer capítulo de la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander, con excepción de los considerandos 31°, 33°, 40°, 100° y 102°, que fueron redactados por el Ministro señor José Ignacio Vásquez Márquez y el considerando 49°, que fue redactado por el Ministro señor Nelson Pozo Silva.

Por su parte, el segundo capítulo de la sentencia fue redactado conjuntamente por los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y Domingo Hernández Emparanza.

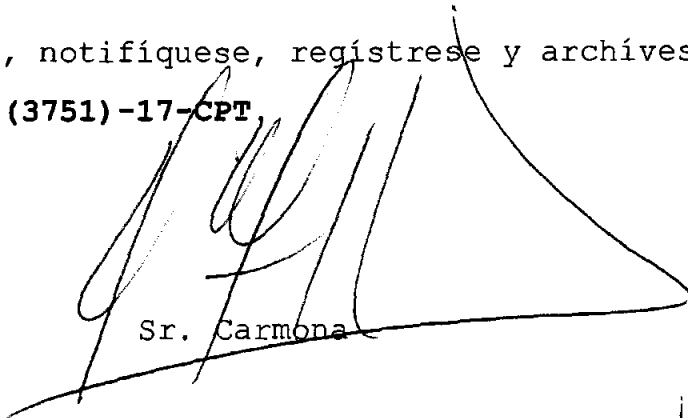
A su turno, el voto disidente por acoger el primer capítulo de los requerimientos de autos, fue redactado por la Ministra señora Marisol Peña Torres, así como el voto disidente por acoger la impugnación al inciso tercero del artículo 119 ter del Código Sanitario, contenida en el artículo 1°, numeral 3°, del proyecto de ley. El voto disidente por rechazar las acciones de autos en materia de objeción de conciencia, fue redactado por el Ministro señor Gonzalo García Pino.

Finalmente, las prevenciones fueron redactadas por el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza, en lo que respecta al voto por rechazar el primer capítulo de impugnación; el Ministro señor Juan José Romero Guzmán, en el voto concurrente por acoger los requerimientos de autos; los Ministros señora María Luisa Brahm Barril y señor José Ignacio Vásquez Márquez, en las prevenciones formuladas a ambos capítulos de impugnación; y, el Ministro señor Nelson Pozo Silva, en lo que respecta al voto por acoger parcialmente la impugnación en torno a objeción de conciencia.

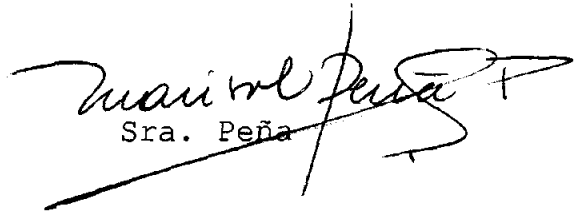


Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 3729(3751)-17-CPT



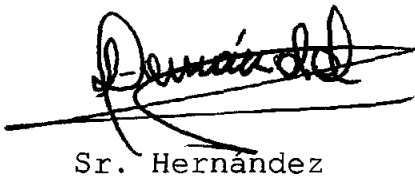
Sr. Carmona



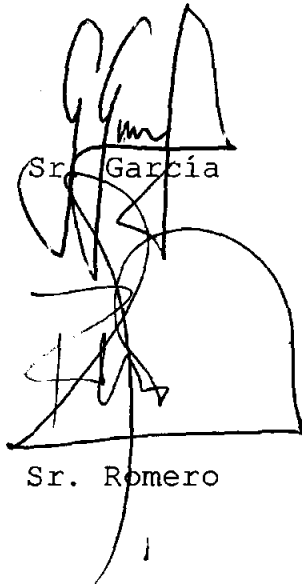
Sra. Peña



Sr. Aróstica

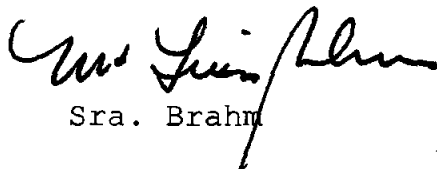


Sr. Hernández



Sr. García

Sr. Romero



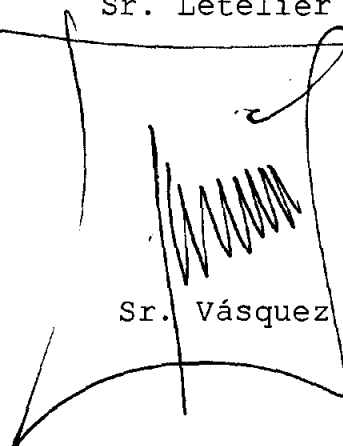
Sra. Brahm



Sr. Letelier



Sr. Pozo



Sr. Vásquez



Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Carlos Carmona Santander, y por sus Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.