

REFLEXIONES ACERCA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA LEY DE ABORTO

REFLECTIONS ON THE JUDGMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT ON THE LAW OF ABORTION

*José Manuel Díaz de Valdés J.**

RESUMEN: Se analiza de manera crítica la sentencia que declaró la constitucionalidad del proyecto de ley de aborto. Luego de sintetizar el fallo, se discuten algunas dificultades procesales, tales como la falta de una mayoría clara tras la *ratio decidendi*, el valor de las prevenciones y el tratamiento de los precedentes. Posteriormente se examina el fondo, destacando la innecesaria severidad adoptada en relación al estatuto constitucional del no nacido, así como el peculiar uso de la proporcionalidad. Por último, se discute el impacto del fallo en el eventual surgimiento de un derecho fundamental al aborto y en la aceptación de la discriminación genética.

PALABRAS CLAVES: Aborto - Tribunal Constitucional - Objeción de Conciencia

ABSTRACT: This paper critically analyses the judicial decision about the constitutionality of the Abortion Bill. After summarizing the decision, it discusses procedural difficulties such as the lack of a clear majority supporting the ratio decidendi, the value of the separate opinions and how the previous case-law is dealt with. Then, it examines the substance of the decision, highlighting the unnecessarily severe stance adopted regarding the constitutional status of the unborn, and the court's peculiar employment of proportionality. Finally, it assesses the impact of this decision on the emergence of a fundamental right to abortion and the acceptance of genetic discrimination.

KEY WORDS: Abortion - Constitutional Court - Conscientious Objection

* Doctor en Derecho, Universidad de Oxford. Máster en Derecho, Universidad de Harvard. Máster en Derecho, Universidad de Cambridge. Licenciado y Magíster en Derecho, PUC. Profesor de Derecho Constitucional UDD y PUC. Correo electrónico: jdiazdevaldes@udd.cl. Agradezco la colaboración de mi ayudante de investigación, señor Jaime Soto F.

I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 28 de agosto de 2017, el Tribunal Constitucional (el “Tribunal”), emitió una de sus sentencias más importantes y polémicas de los últimos años, resolviendo sobre la constitucionalidad del proyecto de ley que despenalizaba el aborto en tres causales (el “Proyecto”), causa rol N° 3729 (3751)-17 (el “Fallo” o la “Sentencia”).

Tal y como ha sucedido en otras jurisdicciones al tratar del tema del aborto, el proceso en comento generó una intensa controversia jurídica, social y política. La sociedad civil se organizó y participó de manera formal en dicho proceso, mediante decenas de presentaciones escritas y orales, estas últimas rendidas en audiencias públicas convocadas por el Tribunal, justamente en razón del gran interés social comprometido.

En definitiva, la Sentencia aceptó la constitucionalidad de las tres causales de despenalización del aborto planteadas por el Proyecto. Sin embargo, un análisis detenido del texto del fallo hace surgir una serie de inquietudes acerca de qué fue lo que resolvió el Tribunal, así como sobre sus eventuales implicancias a futuro.

El presente texto tiene por objetivo analizar de manera crítica algunos aspectos de la Sentencia. Para ello, se comenzará resumiendo las partes de su texto más directamente vinculadas a los aspectos que se discutirán, esto es, el voto de mayoría, así como algunas prevenciones y disidencias. A continuación se formularán comentarios críticos generales, procedimentales y de fondo a la Sentencia, para concluir con algunas reflexiones prospectivas.

II. SÍNTESIS DE LA SENTENCIA

1. Consideraciones previas

La Sentencia comienza señalando aquello sobre lo que no se pronunciará, esto es:

- i) el estatuto ontológico del *nasciturus* (pero sí el concepto jurídico de persona);
- ii) la “rectitud moral” de quienes se someten a un aborto;
- iii) si se trata de una despenalización o legalización de conductas;
- iv) el valor doméstico de sentencias emitidas por Tribunales Internacionales o de declaraciones de comités creados por tratados internacionales;
- y
- v) “alegaciones de mérito o conveniencia, como las críticas a la regulación o a la manera que el legislador normó ciertas situaciones” (considerando décimo).

A continuación hace una somera referencia a la regulación histórica del aborto en Chile (hasta la derogación del aborto terapéutico en 1989¹), así como a la regulación comparada, destacando tanto la novedad de las leyes permisivas del aborto, así como el escaso número de países que hoy lo prohíben en forma absoluta. Profundiza luego sobre las sentencias judiciales comparadas que han abordado la constitucionalidad de leyes de aborto, destacando que la mayoría de ellas no reconoce al no nacido un derecho a la vida, si bien se considera al mismo como un interés o valor objetivo. Se revisa también, de manera sucinta los “criterios” para declarar constitucional estas leyes, entre ellos los derechos de la mujer, la imposibilidad de exigirle ciertas conductas o de imponerle ciertas cargas; “la protección incremental del embrión y feto”, y la proporcionalidad.

Pasa luego al Tribunal a analizar sus precedentes (considerandos vigésimo a vigésimo quinto). Destaca la existencia de dos que “no dialogarían” entre sí. El primero es la sentencia rol N° 220-1995, que versó sobre la constitucionalidad de la muerte encefálica o cerebral en el contexto del trasplante de órganos. Destaca de aquella que la definición de la muerte corresponde al legislador, y que “la Constitución regula la vida desde el nacimiento y durante la existencia de la persona, la que termina con su muerte natural”. El segundo precedente es el fallo rol N° 740-2007, sobre la píldora del día después, donde se señaló que “el que está por nacer es una persona (...) tiene dignidad”, agregando que “la protección constitucional de la persona se inicia desde el momento mismo de la concepción”. Las diferencias entre ambos precedentes serían dos:

- i) el primero reconoce al legislador “plena capacidad para normar situaciones vinculadas a la vida y la muerte de las personas” (e.g., cuando termina la vida), mientras que el segundo afirmaría que la Constitución “toma una opción respecto del no nacido, de modo que el legislador no puede modificar o intervenir”, y
- ii) el primero sostendría que la vida comienza con el nacimiento y el segundo, con la concepción.

A continuación, el texto intenta definir “criterios interpretativos” que “guiarán su razonamiento” (considerandos vigésimo sexto a trigésimo segundo). Los criterios singularizados serían:

- i) la corrección funcional (la que supondría respetar la discrecionalidad propia del legislador, sin pronunciarse sobre la “bondad o conveniencia” de las regulaciones)²;

¹ Ley N°18.826, que sustituye al artículo 119 del *Código Sanitario*.

² Los ministros Brahm y Vásquez no compartieron esta parte del voto de mayoría, por lo que no debe considerarse parte de la sentencia, al reunir solo cuatro votos de entre los diez ministros. Véase la disidencia de estos ministros, encabezado y N°s 1-3.

- ii) la presunción de constitucionalidad de la ley (debe existir una “duda más que razonable” para declarar lo contrario, y la carga de la prueba es de quién alega la inconstitucionalidad)³;
- iii) criterio sistemático (las normas constitucionales deben interpretarse como un todo armónico y nunca de forma aislada);
- iv) dinamicidad de la interpretación constitucional (para “permitir la adaptación del texto” a las nuevas realidades y cambios de contexto, aquí en relación al fortalecimiento de la autonomía y derechos de la mujer).

Finalmente, se cuestiona la utilidad del criterio de interpretación histórico u “originalista” (se habrían dictado más de cuarenta reformas constitucionales, así como una serie de leyes que la “complementan, y que le dan un cierto sentido y alcance”, y además la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (“CENC”) fue solo una comisión asesora del poder constituyente real), declarándolo como “auxiliar”, para “casos muy justificados y nunca para rigidizar el sentido del texto”. Sorprendentemente, el considerando siguiente comienza con un extenso análisis del factor histórico en relación con el artículo 19 N°1 y la frase “La ley protege la vida del que está por nacer”. En síntesis, señala que existe una diferencia en la protección de los incisos primero y segundo del artículo 19 N° 1, ya que la CENC habría entregado al legislador la facultad de proteger la vida que está por nacer, lo que supondría cierta flexibilidad para no considerar el aborto como un delito en toda circunstancia.

Agrega el Tribunal que los Derechos Fundamentales no son ni se protegen en forma absoluta, ya que tienen como límite los derechos de los otros y las “limitaciones o restricciones establecidas por la propia Constitución o por la ley siempre que no afecten el contenido esencial de tales derechos” (considerado trigésimo segundo), invocando, en el caso de la vida, la pena de muerte y la legítima defensa o estado de necesidad.

Posteriormente, el Tribunal se refiere a ciertos elementos que “guiarán su razonamiento” (considerandos trigésimo tercero a cuadragésimo segundo), cuales son:

- i) la sociedad pluralista (no se puede imponer un modelo de pensamiento o moral);
- ii) los derechos de la mujer (libertad, igualdad, vida, integridad física y psíquica, privacidad, mayor realización espiritual y material posible), profundizados por diversa normativa legislativa, incluyendo la adopción de acción afirmativa, en cuyo contexto se considera al embarazo como “un estado temporal, propio de la mujer, normalmente voluntario, personalísimo, que compromete el cuerpo de la mujer”, y que “compromete su integridad física y psíquica”;

³ *Ibid.*

- iii) el estatus constitucional del que está por nacer (no es persona sino un bien jurídico “de la mayor relevancia”, y por tanto su sacrificio no es comparable al “sacrificio de la vida de una persona plena”);
- iv) el derecho penal es última ratio (legislador puede utilizar otros medios regulatorios);
- v) los derechos de los pacientes (existiría un cambio de paradigma, ya que el paciente es libre para decidir si se somete a cualquier procedimiento médico, lo que se aplica al aborto).

2. *Constitucionalidad del Proyecto*

La sentencia analiza el artículo 19 N° 1 inciso 2° (“La ley protege la vida del que está por nacer”). Recuerda que su origen está en el artículo 75 del *Código Civil*, y que la Constitución encarga a la ley la protección del no nacido, no la brinda por sí misma, permitiendo al legislador definir “en qué casos sí, en cuáles no, de qué modo”. Destaca que la Constitución, a diferencia del inciso precedente (art. 19 N° 1 inciso 1°), no habla de persona ni tampoco de “derechos”. Agrega que la Constitución utiliza el deber de protección en varias ocasiones, sin que ello se interprete como penalización de conductas o sacrificio de otros bienes jurídicos. Protección no significa desprotección ni sobreprotección (“medidas que vayan más allá de lo razonable y sacrifiquen derechos de otros”), y el “primer sujeto” a proteger en la mujer, la que no es un medio (“La maternidad es un acto voluntario, que exige el compromiso vibrante de la mujer embarazada”) (considerando cuadragésimo séptimo).

Reitera luego el fallo que los derechos fundamentales, incluyendo la vida, no son absolutos, ya que debe compatibilizarse con “la debida protección del ser humano y su dignidad”. Agrega que el derecho a la vida tiene dos contenidos básicos: “tener y vivir una vida en condiciones dignas” y “el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella”, si bien no incluiría el derecho a la propia muerte (considerando cuadragésimo noveno).

Retornando al *nasciturus*, señala que nuestro ordenamiento jurídico lo denomina de diversas formas, y que la Constitución solo llama “hijos” a los nacidos. Esta “condición” se termina con el nacimiento, pero su comienzo no está establecido en la Constitución. Si bien el Tribunal señaló que empezaba con la concepción (rol N° 740-2007), sobre la píldora del día después), el voto de mayoría dice que tal pronunciamiento no corresponde, máxime la controversia científica y moral existente. Curiosamente, después de citar diversos antecedentes normativos que hablan de concepción, la sentencia entrega al Congreso Nacional la definición de cuándo comienza la vida del que está por nacer. No obstante lo anterior, declara:

“afirmar que la vida comienza desde la concepción, implica establecer inmediatamente una separación y un interés contrapuesto entra 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” (considerando quincuagésimo segundo).

Señala también que “proteger” no puede ser interpretado como una prohibición, y tampoco como una obligación de tipificar el homicidio. El legislador goza de un “margen de apreciación”, en virtud del cual estableció el aborto como un delito diferente, y con penas distintas, al homicidio e infanticidio (considerando sexagésimo). Además, existen diversas legislaciones no penales que otorgan distintos grados de protección al no nacido.

Luego se refiere al concepto de persona en la Constitución (considerando sexagésimo séptimo y siguientes), el cual supondría el nacimiento. Apela, en primer término, al artículo 1°: “Las personas nacen libre e iguales en dignidad y derechos”. Reconoce que la voz “nacen” se refiere a que se trata de una condición inherente, “que no se hereda”, pero también puede otorgársele un sentido biológico. También acepta que, cuando se aprobó la sustitución de la palabra “hombre” por “persona” en el inciso transcrito⁴, la sala del Senado dejó constancia de que el *nasciturus* es persona desde la concepción y, por tanto, titular del derecho a la vida. Sin embargo, el Tribunal señala que este “alcance” no es parte del texto, sino solo un elemento de interpretación. Tampoco se trataría de una ley interpretativa (exigen quórum especial), y en todo caso excedería su ámbito, ya que intentaría interpretar el artículo 19 N° 1, en circunstancias que estaba modificando otra norma.

A continuación se refiere al argumento de que el no nacido al menos tendría naturaleza humana, la que le conferiría derechos fundamentales, incluido el derecho a la vida. El voto de mayoría señala que, aún si esto fuera cierto, se ocupará solo de los derechos que la Constitución crea, confitura y asegura, apelando a normas de la misma que se refieren a los derechos “establecidos” –no solo reconocidos– por la Constitución (artículo 1° inciso 4° y artículo 19 N° 26).

Insiste el Tribunal en que el no nacido no es persona (considerando septuagésimo quinto y siguientes). Primero, porque no cabría la definición del artículo 55 del *Código Civil* (“individuo de la especie humana”), ya que dicha norma, al prohibir excluir de tal categoría en razón de la edad del individuo, supondría que este habría nacido. Segundo, porque el 19 N° 1 inciso 2° no usa la palabra ‘persona’ sino que habla “del que está por nacer” (y dice ‘del’, no ‘de la’). Tercero, el artículo 19 en su conjunto supone que la persona ya está nacida, mientras que “El no nacido no tiene las condiciones habilitantes para que se le reconozca su condición de persona y titular de derechos”. Cuarto, el no nacido es un bien jurídico cuya protección no requiere del

⁴ Ley de Reforma Constitucional N° 19.611, que establece igualdad jurídica entre hombres y mujeres.

estatuto de persona, lo que “distorsionaría” el sistema constitucional y legal. Ahora bien, la protección al no nacido exige “la debida consideración a los derechos que tiene la mujer”, los que el legislador “a partir de cierto límite”, debe hacer primar.

Así, destaca la sentencia que el Proyecto no desprotege al no nacido, ya que se mantiene el delito de aborto, despenalizando solo tres causales que deben cumplir con “estrictos requisitos” que involucran no solo la voluntad de la mujer sino, también, un diagnóstico médico. Además quedan vigentes diversas normas legales que protegen al no nacido.

Luego, el fallo analiza las tres causales de despenalización en particular (considerando octogésimo y siguientes). Respecto de la primera causal, rechaza todos los argumentos de los requirentes:

- i) Desestima que la Constitución solo autorice el aborto indirecto (aquel que no tiene por intención matar al no nacido), ya que aquella no regula el aborto en absoluto. Más aún, a la luz de la ley N° 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes, toda “atención de salud” requiere, además de la decisión del médico, del consentimiento del paciente, excluyendo así las hipótesis de aborto indirecto.
- ii) Desecha el argumento de la innecesaridad de la causal según la interpretación actual del artículo 119 del *Código Sanitario*, ya que sería una objeción de mérito o conveniencia y, por tanto, de una decisión propia del Congreso Nacional.
- iii) Rechaza que la causal sea ambigua, pudiendo extenderse a diversas hipótesis, ya que el control que realiza es de constitucionalidad abstracta, y no del ejercicio o aplicación de las disposiciones legales (como en el recurso de inaplicabilidad). En todo caso, observa que “riesgo vital” es más restringido que la antigua interrupción con fines terapéuticos (derogada en 1989), y recuerda la utilización del término en la ley N° 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes.
- iv) Desestima que se requiera más de un doctor para acreditar la causal, ya que sería una objeción de mérito o conveniencia, propia del legislador. No obstante lo anterior, se defiende la decisión legislativa en razón de “los avances en la medicina”, y la urgencia asociada al riesgo vital.

A propósito de la segunda causal, tampoco acoge las impugnaciones formuladas:

- i) Rechaza el argumento sobre la dificultad de diagnosticar la causal, señalando que se trata de un asunto propio de un control de aplicación de la norma, que no influye en la determinación de su constitucionalidad (abstracta). Agrega que el aborto será siempre una medida de última ratio, evitando al máximo un error de diagnóstico (dependerá del equipamiento, especialidades médicas, etc.), y que existen diversas enfermedades de difícil diagnóstico, lo cual no impide el accionar de los médicos.

- ii) Desestima la objeción de que el no nacido gane o pierda derechos de acuerdo a su estado de salud, ya que no tiene derecho a la vida ni es persona (jurídicamente). Además va a morir de igual forma, solo se decide si antes o después del parto. La madre es quién debe decidir, junto a los médicos especialistas.
- iii) Reconoce, pero no se pronuncia, al menos de manera directa, sobre el argumento de la falta de acuerdo entre los especialistas acerca del listado de enfermedades que dará lugar a esta causal.
- iv) Desecha que exista un riesgo para salud de la madre al carecer de plazo máximo la causal, ya que habría que confiar en la capacidad de los médicos especialistas involucrados y en la *lex artis* aplicable. Además, la mujer asume el riesgo con su consentimiento.
- v) Descarta el posible daño para la integridad física y psíquica de la madre producto del aborto, ya que existiría evidencia contradictoria al respecto, y la mujer es plenamente capaz para tomar la decisión.
- vi) Rechaza el argumento de que dos doctores no sea suficiente para acreditar la causal, ya que se trataría de una consideración de mérito propia del legislador.
- vii) Desestima la vaguedad de la causal, afirmando que debe tratarse de una patología letal y que el no nacido no pueda sobrevivir fuera del vientre materno ni aun apoyado por la tecnología.
- viii) Aclara que, si bien la ley señala que si la criatura sobrevive al aborto debe proveérsele los cuidados paliativos, en el caso excepcional de que nazca “sin dificultades”, se aplica “la regla general del sistema de salud” (entendemos que se refiere a atención médica integral y no solo paliativa).
- ix) Precisa que las prestaciones médicas para realizar un aborto en las tres causales, no son un nuevo derecho subjetivo, sino una concreción del derecho a la protección de la salud, el cual se garantiza a las mujeres en condiciones de igualdad, y exige una política de salud estatal al respecto para no incurrir en responsabilidad por falta de servicio.

En relación con la tercera causal, nuevamente rechaza todas las impugnaciones:

- i) Desestima que se trate de un asesinato por cuanto mujer y no nacido están sanos, ya que la mujer violada no está indemne, y en el caso de la primera causal el no nacido también puede estar sano. Además, el énfasis debe ponerse en el sufrimiento de la mujer (la mayoría de las veces menor de edad) y no en el no nacido. Agrega: “La mujer no tiene por qué hacerse cargo de los efectos de delito”, e invoca el deber del internacional del Estado de evitar violencia de cualquier clase contra la mujer.
- ii) Descarta la alegación de que el aborto no alivia trauma de la violación, ya que se trata de una cuestión de mérito o conveniencia propia del legislador.

- iii) Desecha el argumento de riesgo existente para la mujer, ya que la causal tiene plazo que disminuye dicho riesgo.
- iv) Rechaza la objeción de que no se acredita violación sino que se la da por establecida, ya que debe separarse “la atención del paciente de la parte judicial” y el proyecto obliga a denunciar, sino a la mujer, a los jefes de los establecimientos hospitalarios.
- v) En cuanto a los posibles abusos que se puedan producir, señala que es un problema de mérito y de control en la aplicación de la ley (“El fraude a la ley no es sin más un asunto de constitucionalidad”).
- vi) Desestima la alegación de que el acompañamiento no es obligatorio ni disuasivo, ya que el prestador de salud debe entregar información completa y objetiva sobre alternativas al aborto. El acompañamiento y la información no pueden ser coactivos, ya que lo importante es que la mujer decida en razón de su dignidad.
- vii) Aclara que, vencido el plazo de doce o catorce semanas, la mujer ha asumido el embarazo y renunciado a su interrupción.

A continuación, la sentencia realiza un test de proporcionalidad para determinar si “la mejor manera de proteger al que está por nacer es mediante medidas penales” (considerando centésimo decimotercero y siguientes). Primero, rechaza la idoneidad de tales medidas, ya que estadísticamente la sanción penal no ha impedido la realización de más de treinta mil abortos anuales (sin contar los realizados fuera de hospitales). Luego, señala que tampoco sería necesaria, ya que el Derecho Penal es última *ratio* y existen medidas menos lesivas. Por último, señala que no procede realizar un balance entre los derechos de la mujer y un bien jurídico protegido, y termina afirmando: “El derecho no puede obligar a las personas a actuar en contra de sí mismas”.

Concluye esta sección con un rechazo a todas las alegaciones de desigualdad ante la ley:

- i) la existencia de distintas formas de acreditación de las causales se explica porque son causales distintas, con diferentes requisitos y no sujetables a una regla común;
- ii) la distinción entre mujeres violadas mayores y menores de catorce años es relevante porque dice relación con la imputabilidad penal y el aborto es un delito;
- iii) la diferente participación de padres o representantes según si la menor de edad es o no mayor de catorce años, se explica porque se trata de derechos personalísimos, incluyendo la confidencialidad, así como por el interés superior del niño involucrado. Algo similar sucede con la ley N° 20.584 sobre derechos y deberes del paciente.

3. *Objeción de conciencia*

La sentencia acoge la alegación sobre la limitación inconstitucional de la objeción de conciencia realizada por el Proyecto (considerandos centésimo vigésimo segundo al centésimo trigésimo séptimo). Si bien dicha objeción no se encuentra en forma expresa en la Constitución (y en pocas constituciones comparadas), su fundamento sería la libertad de conciencia contenida en el artículo 19 N° 6, y debe entenderse como “el derecho a no ser obligado a cumplir, por razones de conciencia, las imposiciones de una ley”⁵. Adicionalmente, se invoca la dignidad (“aquella cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto”) para señalar que la ley no puede disponer de las personas como un medio, como sucedería al tener que abandonar las convicciones propias para satisfacer necesidades o deseos de otro.

Sobre esta base, el Tribunal declara tres inconstitucionalidades. En primer término, que no existe razón jurídica alguna que permita restringir la objeción de conciencia solo a “profesionales”, como señalaba el Proyecto, ya que los no profesionales que “deban desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico”, también podrían presentar reparos de conciencia para cumplir la ley. En segundo lugar, se extiende la objeción de conciencia a las personas jurídicas o asociaciones privadas, en virtud de la autonomía de los cuerpos intermedios (artículo 1° inciso 3°), y del artículo 19 N° 15 de la Constitución (derecho de asociación). También se incluyen las instituciones religiosas en virtud del artículo 19 N° 6 (libertad religiosa)⁶, y los establecimientos educacionales gracias al artículo 19 N° 11 (libertad de enseñanza), los que tienen un ideario que debe ser respetado. En tercer lugar, se elimina la norma que obligaba a realizar un aborto a objetores de conciencia, cuando era “inminente el vencimiento del plazo” de la tercera causal⁷ (se mantuvo por tanto la obligación de realizar el aborto cuando se trata de la causal primera y la mujer requiere “atención médica inmediata e impostergable”, si es que no hay otro médico-cirujano que pueda realizar el aborto⁸).

⁵ La sentencia cita la definición contenida en el Informe N° 43 del caso 12.219, Cristián Daniel Sahli Vera y otros v. Chile.

⁶ Los ministros Brahm y Vásquez previnieron (N°s 3 y 4) que la objeción de conciencia institucional no está amparada en el artículo 19 N° 6 de la Constitución, sino que en el artículo 1° inciso 3° sobre autonomía de los cuerpos intermedios. En consecuencia, la postura expresada en el voto de mayoría no podría considerarse parte de la sentencia, al reunir solo cinco votos de entre los diez ministros.

⁷ Los ministros Brahm y Vásquez previnieron (N° 10) que esto era en el entendido que hubiera tiempo de trasladar a la mujer a otro establecimiento para realizarse el aborto.

⁸ Los ministros Peña, Aróstica, Hernández, Romero y Letelier estuvieron por declarar inconstitucional esta limitación a la objeción de conciencia.

4. *Disidencias y prevenciones*

a) Disidencia sobre la constitucionalidad del aborto en tres causales de los ministros Peña, Aróstica, Romero y Letelier

Siguiendo la tónica del voto de mayoría, esta disidencia enumera los principios de interpretación que la inspiran (N° 5), enunciando:

- i) la supremacía constitucional,
- ii) la unidad de la Constitución;
- iii) la fuerza normativa directa de la Constitución;
- iv) la interpretación conforme con la Constitución;
- v) la racionalidad y la razonabilidad y
- vi) la proporcionalidad o prohibición del exceso.

Sin de negar la deferencia hacia el legislador, o la presunción de constitucionalidad de la ley, la disidencia recalca que el control que realiza el Tribunal es parte del “sistema de (...) frenos y contrapesos que es propio del Estado de Derecho” (N° 7), destinado a hacer eficaces los principios i) y ii) precedentes. Agrega que nuestra Constitución es garantista, y que, por tanto, no admite la vulneración de derechos fundamentales por la mera voluntad de la mayoría.

Luego, afirma que persona en la Constitución equivale a “sujeto de derechos”, vinculando para ello el artículo 19 con el artículo 1° inciso 1°, e invocando la historia de la norma así como la reforma constitucional que modificó ambos artículos insertando la palabra ‘persona’. Esta última se cita extensamente para demostrar que la concepción legal de persona (en cuanto titular derechos subjetivos patrimoniales), que comienza con el nacimiento, no es la concepción constitucional (en cuanto titular de derechos fundamentales), la que comienza con la concepción. Esta definición sobre el inicio de la vida tiene fundamentos científicos, por lo que “no puede quedar entregado a definiciones convencionales de carácter cultural o de otro orden al margen de la ciencia” (N° 37).

En definitiva, el que está por nacer es persona y la Constitución le asegura los derechos fundamentales. Así, el inciso 2° del artículo 19 N° 1 es solo una “especificación de la protección constitucional de la vida” (N° 32), ordenada en el inciso anterior. Se trata de un encargo del Constituyente originario al legislador, abierto a la discrecionalidad legislativa, la cual no es amplia sino limitada. Se trata de proteger (amparar, promover), lo que excluye matar al protegido. Además, de acuerdo con el artículo 19 N° 26, el legislador que regula un derecho no puede afectar su núcleo, es decir, no puede suprimir el derecho.

Agrega que el proyecto no pondera, sino que jerarquiza derechos fundamentales, privilegiando los de la madre por sobre el derecho a la vida del nasciturus. Frente al supuesto conflicto de derechos, debe intentarse una armonización que no anule ninguno de ellos. La metodología para ello es la proporcionalidad, entendida como un análisis 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)” (N° 45).

En relación con la primera causal, señala que, si bien pareciera ser necesaria, por cuanto sería inexigible a la mujer continuar con el embarazo cuando está en riesgo su vida, no lo es dada la excepcionalidad de la situación y su actual solución en el ordenamiento jurídico chileno (siempre que no haya intención deliberada de matar al no nacido). Tampoco sería idónea por cuanto existiría un medio menos gravoso de alcanzar el fin explicitado en el Mensaje (salvar la vida de la madre), pues bastaba incorporar una causa de exculpación (conducta no es exigible o no merece reproche penal) que permitiera al juez resolver en el caso concreto si penalizaba o no el aborto, y no una causal de justificación que “suprime la ilicitud de la conducta” (N° 59). Tampoco supera esta causal la proporcionalidad estricta, ya que hay un “sacrificio completo e irreductible de la vida” del no nacido, jerarquizando *a priori* este derecho bajo el derecho de la madre (N° 61).

Sobre la segunda causal, señala que el conflicto ya no es entre dos titulares en relación con su derecho a la vida, sino entre el derecho a la vida del no nacido y el derecho de la madre a tomar decisiones autónomas, comprendido en el artículo 1° inciso 1° de la Constitución. Luego destaca:

“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” (N° 66).

A continuación, señala que la causal no cumple con el criterio de necesidad, por cuanto privar de la vida nunca puede ser necesario, aunque se trate de una vida que “no esté destinada a proyectarse en el tiempo” (N° 69). Tampoco es idóneo porque existen medios menos gravosos, para lo cual se propone un sistema de asesoramiento y acompañamiento (no el que consagra el proyecto, ya que considera la opción de matar al no nacido). Tampoco se cumple con la proporcionalidad en sentido estricto, ya que no se armonizan los derechos en conflicto, sino que se anula completamente el derecho del no nacido.

En cuanto a la causal de violación, esta sería inconstitucional por cuanto el mandato constitucional al legislador de dar protección al no nacido no puede comprenderse con una flexibilidad tal que comprenda la ausencia total de protección e, incluso, el atentado contra la vida del no nacido. Junto con lo anterior, no satisface el criterio de necesidad

“enfrentar ese flagelo [violación] 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”, N° 78).

Tampoco hay idoneidad, ya que “no se aplica el medio menos gravoso para reparar las consecuencias de la violación sino el más gravoso: el término de una vida humana” (N° 79). La proporcionalidad estricta también cae, ya que en vez de armonizar los derechos se sacrifica totalmente el derecho del no nacido.

Agrega la disidencia su preocupación por la vaguedad e indeterminación de las exigencias del Proyecto en relación con los diagnósticos médicos, advirtiendo que: “el proyecto de ley presenta aspectos abiertos y flexibles que abren espacio para la práctica de maniobras fraudulentas” (N° 83).

Termina señalando que se entrega elementos esenciales del derecho a la vida a la regulación reglamentaria y, por lo mismo, sería posible interponer recursos de protección en favor del no nacido.

b) Prevención del ministro Domingo Hernández

Comienza el previniente señalando que no comparte algunas premisas de la mayoría (N° 1), declarando:

- i) el aborto no es el ejercicio la autonomía de voluntad de la madre ejercida sobre su propio cuerpo; b) el no nacido es una “forma de vida humana intrauterina, es decir, un ser humano vivo”, desde la concepción;
- ii) no es un derecho exclusivo de la mujer decidir sobre el aborto de un hijo, ya que la “reproducción humana incumbe a ambos padres”;
- iii) el Derecho no debe resolver lo que es una persona humana o la naturaleza humana,
- iv) el Derecho “conoce un concepto de persona, *para efectos civiles*”, asociada a efectos patrimoniales, pero eso no implica que el feto no sea “una forma de vida humana plena, solo que en otro estadio de evolución, sin derecho a la vida y disponible para la madre”;
- v) la vida humana es siempre un valor absoluto y no relativo. Las excepciones mencionadas (legítima defensa, etc.), se explican porque en ciertas circunstancias concretas una conducta es irreprochable o la norma no se aplica, pero ello no sirve para justificar, en abstracto, una ley de aborto y
- vi) el aborto no puede considerarse sin más una prestación médica (con la valoración social, *e.g.*, de una apendicitis).

A continuación, la prevención defiende la constitucionalidad de las tres causales, pero “solo dentro de los estrictos límites y criterios” (N° 2) siguientes (los que se podrán imponer y controlar vía recurso de inaplicabilidad):

- i) debe existir un conflicto real entre la vida de la madre y el no nacido que empuje al sacrificio necesario pero “voluntariamente indirecto”, o una situación real y concreta de no exigibilidad de otra conducta (no se puede actuar de otra forma),
- ii) el aborto es un delito y por excepción no lo es: la ley exculpa a la mujer porque no es libre de decidir.

Luego precisa el entendimiento constitucional de las tres causales. Así, la única interpretación aceptable de la primera es que solo autoriza el aborto indirecto (no hay intención positiva de matar al no nacido), tal y como lo señala el voto de minoría. En relación con la segunda causal, su constitucionalidad supone que los médicos especialistas que emiten el diagnóstico sean perinatólogos o especializados en salud materno fetal, acreditados como tales por universidad que imparta dicha “experiencia” (no simples médicos obstetras). Ello como única forma de lograr un grado tolerable de certeza. Respecto de la tercera causal, ella no debe servir “como un subterfugio procesal para encubrir un aborto basado en otras motivaciones no relacionadas con un auténtico hecho criminal” (N° 3c), cuestión que se podrá controlar vía recurso de inaplicabilidad.

c) Prevención de los ministros Brahm y Vásquez

Sin perjuicio de lo señalado previamente en notas al pie sobre esta prevención, es relevante agregar que estos ministros señalaron de manera explícita:

“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” (N° 4).

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA

1. Consideraciones generales

En la forma, se trata de un fallo extenso, el cual utiliza un lenguaje y un tono, particularmente en su primera parte, menos formal de lo común. Más aún, ciertos pasajes apelan a la utilización de recursos marcadamente retóricos (*e.g.*, “el embarazo dura un tiempo y la maternidad toda la vida”, considerando centésimo noveno; “la mujer es persona humana”, considerando trigésimo quinto).

Se puede observar, en algunas secciones, cierto apuro, cuestión que se refleja en una redacción no tan cuidada como la que usualmente emplea el

Tribunal⁹ e, incluso, en la comisión de ciertas imprecisiones (*e.g.*, invocaciones al “Congreso Nacional” en vez de al legislador).

En cuanto al fondo, la sentencia es ambiciosa, por cuanto se refiere a una gran cantidad de temas, varios de los cuales no era estrictamente necesario abordar para zanjar la cuestión debatida. En algunos casos, tópicos de enorme importancia son solo enunciados, sin mayor explicación. Un buen ejemplo es el considerando cuadragésimo noveno, en el que se declara que el derecho a la vida supone “vivir una vida en condiciones dignas”. Si bien las implicancias que se siguen de esto son de la mayor relevancia, no hay alusión a ellas, ni tampoco a los fundamentos de tal declaración.

El fallo es también confuso, en parte debido a la ya mencionada variedad de tópicos abordados, pero sobre todo en razón de la profusión de disidencias y prevenciones. La dispersión de opiniones es tal, que en ciertas materias pareciera no existir sentencia propiamente tal (*e.g.*, estatus jurídico del no nacido¹⁰, criterios de interpretación constitucional¹¹). Volveremos a este punto más adelante.

De manera adicional, pueden observarse ciertas contradicciones, tales como la pertinencia de la discusión sobre consideraciones de mérito o conveniencia de las medidas legislativas, el consentimiento del paciente como excluyente del aborto indirecto, o la importancia del criterio originalista para la interpretación constitucional¹².

Todo lo anterior redundaría en una sentencia compleja de entender, no solo por el público en general sino, también, por la academia especializada e, incluso, por los jueces, quienes están llamados a darle aplicación.

Por último, se aprecia una preocupación constante del Tribunal, evidente tanto en el voto de mayoría como en las disidencias, por fundamentar o complementar su argumentación con abundantes citas a doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera. Mención especial merece la continua referencia a las presentaciones realizadas durante las audiencias públicas llevadas a cabo antes de los alegatos propiamente tales. Esas referencias demostrarían que lo que sucede en tales audiencias sí puede producir un impacto en las decisiones del Tribunal.

⁹ Por ejemplo, se presentan numeraciones que luego, al ser desarrolladas, no coinciden plenamente con lo anunciado (considerando 33 y siguientes); se incurre en ciertos errores (*e.g.*, “finalmente, para finalizar”, considerando 32); el vocabulario no siempre es el más adecuado (*e.g.*, “la sanción penal absoluta del aborto (...) choca con los derechos de la mujer”, considerando, 115.), entre otros.

¹⁰ Véase la prevención del ministro Hernández.

¹¹ Véase la prevención de los ministros Brahm y Vásquez.

¹² Contrástese lo declarado en el considerando trigésimo con el contenido del trigésimo primero. Si el criterio originalista no es tan relevante, como se afirma en el primero, no se explica la extensión y detalle del segundo para tratarlo (única entre todos los criterios de interpretación tratados).

2. Aspectos procesales

En primer término, es necesario destacar que la sentencia se presenta de manera formal como una decisión de seis ministros contra cuatro, cuestión más aparente que real. En efecto, los dos capítulos de la sentencia (causales de aborto y objeción de conciencia) son aprobados por mayorías sustancialmente diferentes (y casi “opuestas” en cuanto a sus integrantes). Más aún, si bien la aprobación del aborto en tres causales recibió seis votos a favor, la prevención del ministro Hernández marca tal distancia respecto del texto del fallo de mayoría, que cuesta encontrar cuál podría ser la *ratio decidendi* común a los seis votos. Por el contrario, parece tratarse más bien de una “pluralidad”, ya que un conjunto de ministros comparten el resultado de la sentencia, pero no sus fundamentos. Este punto es muy relevante, ya que, como dispone el artículo 20 de la ley N° 17.977 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (LOTIC):

“Los acuerdos del Tribunal se registrarán, en lo pertinente, por la norma del párrafo 2 del Título V del Código Orgánico de Tribunales, en lo que no sean contrarias a las de esta ley (...)”.

Ahora bien, el artículo 85 del *Código Orgánico de Tribunales* dispone:

“Se entenderá terminado el acuerdo cuando se obtenga mayoría legal sobre la parte resolutive del fallo y sobre un fundamento, a lo menos, en apoyo de cada uno de los puntos que dicho fallo comprenda”

En síntesis, para que exista acuerdo, y por tanto sentencia, no basta que exista una mayoría de ministros que coincidan en la decisión, sino que también se requiere que tales ministros coincidan en al menos un fundamento de la misma, lo que hemos denominado, algo libremente, *ratio decidendi*. Por tanto, si el ministro Hernández no concurrió a ninguno de los fundamentos del voto de mayoría, el problema es severo. No se trata “solo” de una infracción a las normas legales que vinculan al Tribunal, sino que, en términos de realidad, no existiría sentencia en cuanto tal, ya que no habría producido el acuerdo necesario entre los ministros para ello. Ahora bien, reconocemos que lo anterior es controversial, ya que el cotejo entre el extenso voto de mayoría y la mucho más sintética prevención del ministro Hernández no es una tarea automática que arroje de forma fácil el resultado de incompatibilidad total entre los mismos. Volveremos a este punto en la sección siguiente.

Una arista adicional del tema antes señalado tiene relación con otro posible efecto de la prevención del ministro Hernández. Recordemos que parte importante de la misma se dedica a limitar el sentido y alcance que debe otorgarse a las tres causales, declarando expresamente que aquellas serían constitucionales “solo dentro de los estrictos límites y criterios” que

señala. En otras palabras, la visión del ministro Hernández es diferente a la del resto de los concurrentes al voto de mayoría en cuanto a la posible extensión de tales causales. Por tanto, ¿cuál de tales visiones debe entenderse vinculante, en particular para la Administración que dictará normas para la aplicación de las tres causales?

Una posibilidad es adoptar una postura “formalista” y remitirse al texto del voto de mayoría, dando una interpretación más amplia a las causales. La otra postura, más bien “substancialista”, sería optar por la interpretación restrictiva del ministro Hernández. Esta segunda opción nos parece más atendible, toda vez que sólo existe voluntad colectiva del Tribunal respecto a esa parte. Toda interpretación de las tres causales que vaya más allá solo es constitucional para cinco ministros, no para el Tribunal como tal.

Ahora bien, podría señalarse que, aunque la prevención del ministro Hernández se considere completamente incompatible con el voto de mayoría, aun así existiría Sentencia. Ello por aplicación del artículo 8 de la LOTC:

“Son atribuciones del Presidente: (...)

g) Dirimir los empates, para cuyo efecto su voto será decisorio, salvo en los asuntos a que se refieren los números 6° y 7° del artículo 93 de la Constitución Política”.

En este caso el Tribunal está ejerciendo la atribución contemplada en el número 3° del artículo 93, por lo que el presidente del Tribunal tendría voto dirimente en caso de empate, que sería la situación en estudio si consideramos que la prevención del ministro Hernández es totalmente incompatible con el voto de mayoría. Si bien esta postura tiene cierto fundamento, nos parece que relaja en demasía el respeto por las formas. En efecto, la dirimencia es una atribución excepcional, y como tal debe utilizarse en forma prudente y como resultado de una voluntad expresa de hacerlo. No se trata solo de requisitos formales (que excluirían, por ejemplo, la existencia de una dirimencia “tácita” o “implícita”) sino, también, de fondo. En efecto, la dirimencia supone que todo esfuerzo por llegar a un voto de mayoría ha fracasado. En el caso de autos, el ministro Hernández concurrió al acuerdo, dando la impresión –real o equivocada– a sus pares, incluyendo al presidente, de que existía una mayoría clara. Es difícil, por tanto, elucubrar sobre qué hubiera pasado si los ministros hubieran sido conscientes de que el ministro Hernández no compartía los fundamentos del fallo. Lo más probable es que se hubiesen buscado otros fundamentos, o el refinamiento o aclaración de los mismos, o la eliminación de algunos de ellos. Lo cierto es que no es posible saber qué hubiera ocurrido, lo que incluye el supuesto de si el presidente hubiese dirimido, forzando una posición más “dura”, o hubiese preferido una postura más “suave” para conseguir una mayoría real tras el fallo. En definitiva, nos parece que es imposible saber con certeza qué hubiera sucedido si los ministros hubiesen tenido certeza acerca de los desacuerdos del ministro

Hernández y, por lo mismo, no es posible inferir la aplicación “tácita” de una institución excepcional, como lo es la dirimencia.

Ahora bien, en cuanto a los efectos prácticos que pudiera tener la discusión antes señalada, cabe realizar algunas precisiones. En primer término, es necesario reconocer que, en la práctica nacional, los agentes jurídicos (jueces, abogados, Administración), raramente conocen el detalle de los fallos del Tribunal. Por lo mismo, y salvo que medie la invocación de estos antecedentes por el interesado, es probable que los límites impuestos a las causales por la prevención del ministro Hernández no sean conocidos ni aplicados. A la inversa, sería esperable que el propio Tribunal si sea consecuente con sus decisiones, por lo que en caso de conocer de esta materia vía inaplicabilidad, impugnación de un acto administrativo, etc., debería hacer respetar estos límites. El caso de la inaplicabilidad merece destacarse, no solo porque ahí es el interesado el que puede hacer valer la interpretación restrictiva de las tres causales sino, también, porque el propio ministro Hernández apeló expresamente a esta vía como una forma de evitar vulneraciones a tal interpretación restrictiva¹³.

Esta última reflexión nos lleva a otro tema procesal relevante en el fallo, cual es la existencia y el uso del precedente. Como sabemos, en nuestro Derecho no existe la doctrina del *stare decisis*, vale decir, “el poder y la obligación de los tribunales de basar sus decisiones en decisiones previas”¹⁴. La noción de que lo que falla un tribunal (al menos su *ratio decidendi*), es vinculante para el mismo (y para sus inferiores) en el futuro, protege la certeza jurídica y la igualdad ante la ley, permitiendo a los diversos agentes adecuar su conducta a los cánones exigidos por la jurisprudencia, en cuanto verdadera y directa fuente del Derecho. A la inversa, nuestros tribunales son, en teoría, libres para apartarse de sus decisiones anteriores así como de aquellas emitidas por sus superiores.

En el caso del Tribunal Constitucional, sin embargo, la noción del precedente tiene gran relevancia, particularmente en relación con la naturaleza de las materias que resuelve. En efecto, de trata de decisiones que normalmente tendrán influencia más allá del caso específico en cuestión, ya que suelen vincularse a definiciones jurídicas más bien generales. Más aún, en materia de derechos fundamentales, una labor fundamental desarrollada por los tribunales constitucionales ha sido precisamente la definición de sus contenidos, contornos y limitaciones. Como es evidente, tal tarea posee una vocación de aplicación general, y así lo entienden los agentes del Derecho (doctrina, abogados litigantes, tribunales), quienes recurren de manera asidua a las decisiones del Tribunal para conocer el “estado de la cuestión” en estas materias. Así ocurre por lo demás en Derecho Comparado: las jurisdic-

¹³ Prevención del ministro Hernández, N° 2 letra c) y N° 3.

¹⁴ MERRYMAN (1985), p. 22. Traducción propia.

ciones constitucionales tienden a producir –o al menos aspiran a ello– una doctrina de aplicación más bien general y no meramente casuística.

Cabe, asimismo, considerar que, en el caso de los tribunales constitucionales, el seguimiento de los precedentes presenta una importancia singular. La coherencia de la dogmática que emana de sus fallos es fuente insustituible de su autoridad y de su capacidad efectiva para limitar el poder. En efecto, al seguir sus precedentes, el Tribunal demuestra que está aplicando un derecho que va más allá de la contingencia y de las preferencias personales (políticas, religiosas, morales, etc.) de cada ministro. El juez constitucional, de esta forma, se autolimita, renunciando a un protagonismo personal en favor de la aplicación de un derecho de carácter más objetivo, aplicable por jueces muy diversos en sus convicciones personales. Del mismo modo, se refuerza también la autoridad de las decisiones del Tribunal al independizarlas de la contingencia política.

Como adelantamos, ni la Constitución ni la LOCT consagran la institución del precedente¹⁵. Sin embargo, ello no obsta a que, en los hechos, la coherencia de las sentencias constitucionales sea muy valorada. Es por ello que podemos observar el constante esfuerzo del Tribunal por fundamentar sus fallos en decisiones anteriores, citando expresa o implícitamente, en forma genérica o específica, diversos roles pasados y líneas jurisprudenciales establecidas. Vemos entonces cómo el propio Tribunal se esfuerza en demostrar que aplica una doctrina uniforme que trasciende la subjetividad y las convicciones de sus ministros en ejercicio.

En todo caso, resulta conveniente aclarar que la aplicación del precedente no es automática. Situaciones aparentemente similares pueden ser distinguidas por los tribunales, autorizando, de esa forma, el empleo de una solución diferente. Más aún, los precedentes pueden ser cambiados por los mismos tribunales. Lo importante aquí es que se explique por qué se decidió abandonar el precedente, así como el alcance de tal decisión. En definitiva, el precedente no “amarrar” de manera inexorable a los jueces, pero les obliga a justificar convincente y contundentemente su decisión de apartarse del mismo.

Ahora bien, en el caso de la sentencia, se hace patente la importancia del precedente, dedicándole, incluso, un párrafo especial¹⁶. Se señala en él que existirían dos precedentes contradictorios (“dos doctrinas que no dialogan entre sí”), y la consecuente necesidad de resolver el punto. Lo curioso es

¹⁵ Cabe recordar que durante casi toda la tramitación de la reforma a la LOTC aprobada el año 2009 (ley N° 20.381.), se contempló la posibilidad de consagrar expresamente esta institución, obligando al Tribunal a justificar el abandono de sus precedentes. Esta propuesta, sin embargo, fue eliminada en comisión mixta sin mayor explicación. Véase ARELLANO (2012), pp. 188-193.

¹⁶ Considerandos vigésimo al vigésimo quinto. Véase también el considerando quincuagésimo primero.

que los fallos identificados como contradictorios no parecen serlo. Por una parte, está la sentencia rol N° 220-1995 sobre la muerte encefálica y, por otra, el fallo rol N° 740-2007 sobre la píldora del día después¹⁷. El voto de mayoría afirma que existirían dos contradicciones entre ambas decisiones:

- i) en la primera deja al legislador la determinación de cuándo una persona está muerta, mientras que la segunda señalaría que el constituyente habría definido el momento en que comienza la vida y
- ii) en la primera se señala que hay vida desde el nacimiento en la segunda, desde la concepción.

A nuestro juicio, la invocación del rol N° 220-1995 en cuanto precedente es algo forzada, y pareciera responder a la necesidad de “equilibrar” el mucho más claro precedente establecido por el rol N° 740-2007. En efecto, este último se refería expresamente al comienzo de la vida (la concepción), la naturaleza del no nacido (persona), y el estatus del mismo (igual dignidad y titularidad de derechos fundamentales), cuestiones todas directamente atinentes al caso en estudio. El rol N° 220-1995, en cambio, si bien se refiere a las competencias del legislador en relación con materias vinculadas a la vida y a la muerte¹⁸, se focaliza de manera exclusiva en esta última, así como en una serie de otros argumentos y consideraciones que no se refieren en nada a la causa en actual discusión. Más aún, dicho fallo declara expresamente que la Constitución reconoce y regula la vida antes del nacimiento¹⁹, y cuando se refiere al título II del libro I del *Código Civil* (“Principio y fin de la existencia de las personas”), señala de forma explícita que “Para este proceso, interesa el concepto jurídico que se tiene del fin de la existencia de las personas naturales”²⁰.

En síntesis, el Tribunal invoca dos precedentes, declarando una suerte de “empate” que le daría mayor libertad en la causa actual. Sin embargo, ambos precedentes no son iguales en cuanto a su especificidad y la aplicabilidad de sus *ratio decidendi* al caso en discusión. Claramente el rol N° 740-2007 era el caso que “controlaba” la situación, y de ahí que afirmemos que la invocación al rol N° 220-1995 haya sido más bien forzada.

En definitiva, el fallo decide apartarse expresamente del precedente del rol N° 740-2007, señalando que el comienzo de la vida corresponde definirlo al legislador, quién estaría “más capacitado y legitimado para resolver esta controversia” (considerando quincuagésimo primero). Como hemos señala-

¹⁷ Llama la atención que la sentencia haga presente que, luego del fallo que declaró la inconstitucionalidad de la píldora del día después, el legislador haya aprobado su distribución. En efecto, pareciera condonar un acto de abierto desacato del legislador al Tribunal y al principio de Supremacía Constitucional. Véase el considerando vigésimo cuarto.

¹⁸ Véase en particular el considerando noveno.

¹⁹ Considerando sexto.

²⁰ Considerando cuarto.

do, esto está dentro de las posibilidades del Tribunal, pero se hubiera requerido mayor y más convincente justificación que la ofrecida²¹, sin que fuera necesario forzar la presencia de otro precedente supuestamente contradictorio.

3. Conflictos de fondo

a) Constitucionalidad de las tres causales de aborto

A nuestro juicio, la definición fundamental que estructura la aproximación jurídica-constitucional a las leyes de aborto, aquí y en Derecho Comparado, es si el no nacido es o no persona. Si es persona, es titular de todos los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución (artículo 1º inciso 1º), incluyendo por supuesto el derecho a la vida (artículo 19 N° 1). Más aún, si es persona, es inconcebible utilizarla como medio para otros fines, incluyendo el bienestar de la madre (artículo 1 inciso 4º). Si el no nacido es persona, por tanto, se hace imposible justificar el aborto (al margen del riesgo vital de la madre, situación que en estricto rigor recibe otro nombre), ya que la destrucción de una persona es un fin intrínsecamente ilegítimo a los ojos de la Constitución. Por el contrario, si el no nacido no es persona, sino solo un bien jurídico protegido, se abre la posibilidad de regular casos en que su protección deba ceder frente a otros derechos o bienes jurídicos fundamentales.

Se entiende entonces la importancia del considerando cuadragésimo del voto de mayoría. En él se declara de manera expresa: “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”. Consecuentemente, el no nacido no tiene derechos fundamentales (considerando sexagésimo) y, por tanto, se define la cuestión sometida a conocimiento del Tribunal como el examen de “una medida o decisión legislativa que pondera razonablemente, entre un derecho fundamental y un interés protegido legalmente”. Dado este encuadre, no sorprende la decisión contenida en la sentencia, ya que se parte de la

“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 mera expectativa de persona” (considerando cuadragésimo).

Si bien no es el objetivo de este trabajo revisar la extensa discusión existente sobre este tópico, sí quisiéramos destacar la innecesaria amplitud y crudeza en la redacción del fallo. En causas sumamente controversiales como esta, que dividen de manera profunda a las sociedades, los tribunales tienden a utilizar ciertas técnicas “minimalistas”²². Esto es, deciden en forma

²¹ Contrástese con el voto de minoría de los ministros Peña; Aróstica; Romero y Letelier (N°s 20, 34 y 37).

²² SUNSTEIN (2001).

“estrecha”, utilizando soluciones lo más apegadas posible al caso específico, evitando amplias definiciones que sean susceptibles de aplicación en una diversidad de circunstancias. La intención es ir abordando y decidiendo estas materias “paso a paso”, sin adelantar o predefinir situaciones futuras. En contraste, la sentencia optó por una declaración sumamente general respecto del estatuto del no nacido, la cual podría tener enormes consecuencias en una serie de situaciones presentes o futuras, en particular a la luz de los rápidos avances de la ciencia. Piénsese, por ejemplo, en situaciones de clonación, modificación genética, embarazo extrauterino, manipulación de embriones, entre otras. En todas ellas, el fallo rebaja de forma radical la posición del no nacido, exponiéndolo a todo tipo de vulneraciones en razón de los derechos fundamentales de otros o, incluso, de bienes jurídicos indeterminados invocados por el Estado.

Ahora bien, la prevención del ministro Hernández se aleja de la doctrina ya señalada. Si bien declara que no corresponde al Derecho resolver si el no nacido es persona humana, reconoce que se trata de “una forma de vida humana plena solo que en otro estadio de evolución (...) La calidad humana del feto es clara y evidente por sí misma” (N° 1c). Así, se trataría de “una forma de vida humana intrauterina, es decir, un ser humano vivo” (N° 1a).

Como ya señalamos, ante la falta de consentimiento del ministro Hernández, secciones importantes de la sentencia no pueden considerarse, en estricto rigor, como tal. Esto se aplica a la declaración del no nacido como no-persona, doctrina que no debe considerarse como propiamente emitida por el Tribunal, sino solo por la mitad de sus ministros, en abierta y expresa contradicción con la otra mitad²³, así como con el precedente más directamente aplicable del propio Tribunal (rol N° 740-2007).

Otro punto relevante de la sentencia es su expreso desconocimiento del artículo 5° inciso 2° de la Constitución, el cual dispone:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respecto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Este texto es explícito en señalar el origen de los derechos: la naturaleza humana. En consecuencia, en el caso en cuestión, aun cuando el no nacido no fuera considerado persona, bastaría con reconocer su naturaleza humana, su pertenencia a la especie humana, para colegir que aquel sería

²³ Véase el voto de minoría, en particular el N° 38, y la disidencia del ministro Hernández N° 1, letras a y c.

titular de todos los derechos fundamentales que consagra la Constitución, incluyendo el derecho a la vida²⁴.

Evidentemente, la sentencia necesitaba lidiar con este argumento. Lo sorprendente es la forma en que lo hizo. En efecto, señala que solo deben respetarse y promoverse los derechos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales (considerando septuagésimo cuarto), para lo cual se citan diversas disposiciones de la Constitución que señalarían que es aquella quién “establece” –y no solo reconoce o garantiza– derechos fundamentales. Si bien se entiende el cuestionamiento a una norma evidentemente iusnaturalista²⁵ por quienes adhieren a otras corrientes de pensamiento jurídico, se trata de un argumento que rompe un principio interpretativo fundamental en materia de derechos. En efecto, tanto el sistema interno como el sistema internacional de derechos fundamentales procuran la mayor protección posible de aquellos. Ello se concretiza en una serie de herramientas jurídicas, tales como el principio *pro homine*, el principio *favor libertatis*, la denominada *interpretación conforme*, entre otras. El sentido de estas herramientas es realizar una interpretación de normas que arroje siempre la mayor protección posible de derechos fundamentales. Por lo mismo, la declaración de la sentencia es asombrosa, ya que va en el sentido contrario, al mutilar la interpretación corriente del artículo 5º, reduciendo los derechos ahí reconocidos –y el contenido de los mismos– solo al listado incorporado en la Constitución o en tratados internacionales. Aunque el uso de esta argumentación pudiera justificarse para los partidarios de la sentencia, no cabe duda de que se trata de una victoria pírrica, la cual puede tener perniciosas consecuencias a futuro. Mención aparte merecen los argumentos utilizados por el fallo para sostener su postura. En vez de utilizar los conocidos y sofisticados argumentos esgrimidos por diversas corrientes de pensamiento en contra del iusnaturalismo, se recurre a una dudosa interpretación literal de ciertas normas constitucionales, así como a consideraciones derechamente curiosas²⁶.

Existen otros puntos del voto de mayoría que llaman la atención. En primer término, la discusión sobre el comienzo de la vida. Aquí no se entiende por qué era necesario tratar esta materia, desautorizando de paso la sentencia rol N° 740-2007 antes mencionada, la que declaraba que la vida comenzaba con la concepción. Curiosamente, el voto de mayoría sostiene que tal posición:

²⁴ Véase la versión del voto de mayoría sobre este argumento en el considerando septuagésimo tercero.

²⁵ Cfr. CEA (2015), p. 263 y ss.

²⁶ Véase, en particular, el argumento acerca de la incorporación del derecho a crear y difundir las artes al artículo 19 N° 25 de la Constitución, el cual –se afirma– no tendría sentido si los derechos emanaran de la naturaleza humana (considerando septuagésimo cuarto).

“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” (considerando quincuagésimo segundo).

Esto es bastante confuso. Si la vida no comienza con la concepción, ¿cuándo lo hace?, ¿con la anidación?, ¿cuándo se desarrolla el sistema nervioso?, ¿después? ¿Y en qué afecta eso a la relación entre madre e hijo? Al parecer, la sentencia está pensando más bien en un no nacido con calidad de persona, quien desde su concepción presentaría “intereses contrapuestos” a su madre. Sin embargo, la misma sentencia ya había declarado que el no nacido no es persona, sino solo un “interés protegido legalmente”. Por lo mismo, no se vislumbra cómo podría oponerse –e imponer sus derechos “jerárquicamente” superiores– a la madre. Si ya se resolvió que el no nacido no tiene derechos fundamentales, no se entiende en qué puede influir a este respecto el momento en que comienza la vida. Y más aún, se evidencia una contradicción adicional al señalar, por una parte, que es el Congreso Nacional (el legislador en realidad) quien debe decidir cuándo comienza la vida (considerando quincuagésimo primero) y, por otra, descartar de plano que comience desde la concepción (considerando quincuagésimo segundo).

Una cuestión adicional de la sentencia que merece destacarse es la extraña aplicación que hace del test de proporcionalidad. Sabemos que este no es un test uniforme, sino que varía sustancialmente entre distintas jurisdicciones, y que además ha sido aplicado en forma muy diversa por nuestros tribunales y, en particular, por el Tribunal Constitucional²⁷. No obstante, se aprecian en la sentencia ciertos elementos llamativos. En primer término, el fallo decide aplicar el test al “alegato de los requirentes” en cuanto a que “la mejor manera de proteger al que está por nacer es mediante medidas penales” (considerando centésimo decimotercero). Como sabemos, la proporcionalidad se aplica a un acto, medida o norma que interfiere con un derecho fundamental²⁸. De esta forma, el enmarque que realiza el Tribunal no es el más feliz, si bien podría reformularse como la proporcionalidad de la penalización del aborto en relación con los derechos de la mujer. Aun así, sin embargo, se producen distorsiones. En efecto, al aludir a la idoneidad de la norma, se le impone la carga de ser “la más eficaz para proteger al no nacido” (considerando centésimo decimocuarto), cuestión que excede con creces el entendimiento ordinario de la idoneidad. Aquella es la adecuación entre medio y fin, la cual puede ser interpretada en forma más o menos

²⁷ COVARRUBIAS (2014).

²⁸ Sobre proporcionalidad, véase BARAK (2012); URBINA (2017).

demandante, pero nunca como la exigencia del medio más eficaz²⁹. Junto con ello, la sentencia declara que la penalización del aborto no sería idónea para proteger al no nacido, por cuanto existirían más de treinta mil abortos hospitalarios al año (además de los clandestinos), y solo ciento cuarenta y ocho mujeres condenadas entre 2005 y 2016. ¿Quiere decir el Tribunal que la medida penal, para ser idónea, debe ser capaz, por sí sola, de impedir la conducta delictiva?, ¿o al menos de lograr la condena de la mayoría de los delitos cometidos? Si es así, la lógica del Tribunal nos llevaría a declarar no proporcionales, e inconstitucionales, delitos como: el robo, el hurto, la usura, etc.³⁰. La tipificación penal no responde a esa lógica, no solo por los efectos simbólicos y disuasivos de la pena sino, también, porque, en cuanto última *ratio*, supone la complementación por otro tipo de medidas dispuestas por el ordenamiento jurídico para atacar el problema en cuestión.

En cuanto al análisis de necesidad, este requiere que el medio empleado para lograr el fin sea el menos lesivo para el derecho intervenido o afectado. Ahora bien, la sentencia declara, sin más, que al ser el Derecho Penal última *ratio*, “por definición, hay otras medidas menos lesivas” (centésimo decimoquinto). Esta afirmación es sorprendente: ¿significa entonces que toda tipificación es siempre no proporcional y, por tanto, inconstitucional? Evidentemente esto sería absurdo. El examen de necesidad obliga a considerar las distintas medidas disponibles en el contexto dado, con la mirada siempre dirigida al fin que se quiere lograr. En ciertas ocasiones, habrá que recurrir a medidas penales. El hecho de que estas sean última *ratio* no significa que no puedan ser utilizadas, sino que exigen, justamente, tomar conciencia de que se trata de medidas excepcionales que se adoptan cuando otras menos gravosas no servirían para enfrentar el problema a cabalidad. En otras palabras, la naturaleza penal de la prohibición del aborto no excluye el análisis de necesidad, sino que lo enmarca dentro de ciertas consideraciones que lo podrían hacer más exigente. Y para mayor confusión, la Sentencia termina este considerando señalando: “la sanción penal absoluta del aborto, sin causales de excepción, choca con los derechos de la mujer”. Más allá del libre uso del lenguaje, podría interpretarse que el Tribunal está diciendo que es la prohibición total del aborto lo que no responde al criterio de necesidad. Dicha postura haría mucho más sentido que la declaración general de no-necesidad del Derecho Penal, pero era imprescindible su desarrollo argumental, cuestión que lamentablemente se omitió.

En relación con el elemento del balance, el Tribunal se limita a señalar de manera escueta: “se contrastan los derechos de la mujer con un bien

²⁹ Véase COVARRUBIAS (2012).

³⁰ Este absurdo podría aplicarse también fuera del ámbito penal: si la obligación de colocar fotos “repelentes” o “de advertencia” en cajetillas de cigarrillos no logra prevenir su consumo, ¿sería dicha obligación, por ese sólo hecho, no proporcional e inconstitucional?

jurídico protegido” (considerando centésimo decimosexto), lo que parecería indicar que el resultado de cualquier ponderación está ya definido en favor de la madre. La justificación posterior es mínima y no entra en mayores detalles más allá de señalar que las causales en estudio se referirían a “cargas excesivas” para la mujer. A este respecto, destacamos que este balance estaba predeterminado por la definición previa que había hecho el Tribunal en cuanto al estatus de no nacido, en cuanto no-persona y, por tanto, tampoco titular de derechos fundamentales. Sin esta definición, el balance podría haber sido muy distinto. En efecto, nos encontraríamos, por una parte, con el derecho a la vida del no nacido e, indirectamente, todos los demás derechos fundamentales, dado que la vida es el sustento de todos ellos³¹. Por otra parte, deberíamos considerar los derechos de la mujer a la integridad física y psíquica, así como el derecho a la vida y a la salud de la madre (sabemos que la autonomía corporal no es un derecho reconocido como tal por nuestro ordenamiento constitucional). Ahora bien, salvo cuando se pone en riesgo la vida de la madre, el método de balance de derechos nos indica lo siguiente. Si prima el derecho a la vida del no nacido, se suspenden *temporal y parcialmente* los derechos de la madre antes mencionados. Recalcamos que se trata de una suspensión y no de una vulneración permanente. Además es parcial, ya que la madre sigue pudiendo ejercer los derechos afectados en un sinnúmero de ámbitos (solo deja de ejercerlos en relación con la decisión de abortar). Por el contrario, si prima el derecho de la madre, el derecho a la vida del no nacido (y de forma indirecta todos los demás derechos), se ve vulnerado en forma *definitiva y absoluta*. Y es que el derecho a la vida no admite suspensiones o vulneraciones parciales: su mínima afectación implica la desaparición irreversible del derecho. En definitiva, el argumento es simple: si el no nacido es persona y tiene derechos fundamentales, permitir el aborto, salvo en el caso de riesgo vital efectivo de la madre, produce una afectación mucho más radical de derechos fundamentales que su prohibición.

Otro aspecto a destacar es el tema del plazo (doce o catorce semanas de embarazo como máximo para poder invocar la causal de violación). En efecto, la imposición de plazos máximos para abortar, así como la movilidad de los mismos, es común en el Derecho Comparado³². Llama la atención, sin embargo, las razones invocadas por el Tribunal para su establecimiento. No se trata de argumentos vinculadas a la viabilidad fetal (aun imposible con tan pocas semanas), o al desarrollo del sistema nervioso del no nacido, o a otras situaciones comunes en Derecho Comparado. Según la sentencia, se debe a:

³¹ Tribunal Constitucional (2008), rol 740-2007, considerando quincuagésimo quinto: “la vida es, sin duda alguna, el derecho fundante de todos los demás, pues sin vida, difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales”.

³² Esto ya se aprecia en el célebre *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973).

- i) las violaciones con embarazo afectan a niñas, las cuales pueden no darse cuenta del embarazo hasta que este es evidente y
- ii) el aborto es más peligroso para la madre a medida que aumenta el embarazo.

En relación con i), cabe preguntarse por qué ese número de semanas y no otro, y si la razón es la minoría de edad, por qué se ha de aplicar dicho plazo también a las mayores de edad. En relación con ii), si dicho riesgo es tan relevante, ¿por qué no emplearlo también en la causal de inviabilidad fetal? Como se observa, ambas razones no son capaces de establecer una sólida relación medio-fin. Más aún, se agrega que el legislador entendería que, después de transcurrido el plazo las mujeres habrían “renunciado a dicha interrupción”, inferencia muy cuestionable. En definitiva, nos parece que el establecimiento de un plazo para la tercera causal no presenta un sustento jurídico suficiente y demuestra arbitrariedad por parte del legislador.

Finalmente, en cuanto al contenido específico de las tres causales de aborto, debe tenerse en cuenta la prevención del ministro Hernández. Como vimos en la síntesis del fallo, dicha prevención interpreta las causales de forma restrictiva, señalando que otro entendimiento de las mismas sería inconstitucional e, incluso, reclamable mediante el recurso de inaplicabilidad. En dos palabras, la primera causal correspondería solo a la hipótesis de aborto indirecto, la segunda debería ser acreditada por médicos especialistas (no solo obstetras sino perinatólogos o similares), y la tercera exigiría la ocurrencia auténtica del “hecho criminal”.

Como es evidente, la postura del ministro Hernández restringe en forma considerable la aplicación concreta de las causales. Ahora bien, más allá de la discusión jurídica abstracta, antes referida, acerca de cuál es el contenido efectivo de la sentencia (lo que señala el ministro Hernández, o lo que aparece en el voto de la mayoría y que él rechaza), la opinión del ministro Hernández pudiera terminar imponiéndose en futuros fallos del Tribunal. En efecto, de no seguirse los postulados de la prevención, es de presumir que el voto del ministro estaría disponible para acoger una inaplicabilidad u otro tipo de impugnación constitucional, eventualmente cambiando la mayoría dentro del Tribunal e imponiendo, por esa vía, una interpretación sustancialmente restrictiva de las causales legales de aborto. Se trata, sin embargo, de una situación eventualmente transitoria, dado que la composición del Tribunal variará prontamente en razón de la expiración del mandato de algunos ministros³³.

Algo similar puede apreciarse en relación con la invocación de la objeción de conciencia en casos en que el plazo para realizar el aborto por viola-

³³ Durante el año 2018 cesan en funciones los ministros Carmona y Peña. Cabe, además, destacar que la presidencia del Tribunal –y su voto dirimente en algunas materias– recae ahora en el ministro Aróstica, y no en el ministro Carmona, como ocurría durante la dictación de la sentencia.

ción (doce o catorce semanas) está por vencer en forma inminente. Si bien la sentencia declaró inconstitucional la limitación de la objeción de conciencia en tal situación, los ministros Brahm y Vásquez previnieron que concurrían al fallo “en el entendido que esa inminencia en el plazo es la suficiente para efectuar el traslado de la mujer a otro establecimiento” (N° 10) para que pueda realizarse el aborto dentro de plazo. Al igual que la situación anterior, surgen dudas respecto de cuál es el contenido real de la sentencia en esta materia, si el propuesto por los cinco ministros que concurren al voto de mayoría, o el de los dos ministros que, si bien concurren a dicho voto, lo hicieron sobre una base más restringida). Nuevamente, es posible que futuros fallos del Tribunal intenten hacer efectiva la interpretación restrictiva, al menos mientras no cambie la actual composición de ministros³⁴.

b) Objeción de conciencia

En cuanto a la objeción de conciencia, quisiéramos destacar de manera sucinta tres asuntos. El primero tiene relación con la extensión que hace la sentencia de la objeción de conciencia a las personas no profesionales llamadas a realizar un aborto (el Proyecto solo permitía invocarla a profesionales). Sin entrar al fondo de esta cuestión, ya que nos parece que la discriminación en contra de los no profesionales era evidente (artículo 19 N° 2 de la Constitución, en particular su frase final), resulta importante resaltar que fue acordada por ocho votos contra dos. Es decir, la inconstitucionalidad de reducir la objeción de conciencia a las personas profesionales fue la única sección de la sentencia que obtuvo un amplio consenso entre los ministros y, por tanto, reflejaría en propiedad la doctrina del Tribunal. Adquiere, así, una autoridad de la que carece el grueso de la sentencia, constituyendo un precedente sustancial y no solo formal.

El segundo punto tiene relación con una confusión que el voto de mayoría intenta, al menos en parte, aclarar. Es así como la objeción de conciencia, en sentido estricto, corresponde solo a las personas naturales, ya que solo aquellas poseen conciencia. Otra cosa es que las instituciones puedan invocar otro derecho, como la libertad de asociación (o la libertad de enseñanza, o la libertad religiosa), para poder eximirse de realizar actos que contravengan su ideario institucional. Del mismo modo, debe considerarse que en nuestro sistema jurídico se reconoce y protege la autonomía de los cuerpos intermedios para cumplir con sus fines (artículo 1° inciso 3° de la Constitución). Así, por ejemplo, si uno de los fines esenciales de una institución consiste en promover y proteger la vida humana, mal podría obligársele a realizar abortos.

La sentencia, si bien mantiene la nomenclatura de “objeción de conciencia” de las instituciones, al menos precisa que el fundamento último de

³⁴ Véase supra nota N° 36.

la misma son los derechos y libertades antes señalados (asociación, enseñanza, religión), así como la autonomía de los cuerpos intermedios. Por su parte, la prevención de los ministros Brahm y Vásquez pareciera invocar, para declarar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión, exclusivamente la autonomía de los cuerpos intermedios. En consecuencia, al menos sobre este último fundamento existirían siete votos a favor, por lo que se aplicaría lo ya señalado, en cuanto al mayor consenso y autoridad de esta parte del fallo en cuanto expresivo de la doctrina del Tribunal.

Por último, cabe considerar que este es el primer fallo del Tribunal que trata en forma específica y detallada la objeción de conciencia, consecuencia natural de que el Proyecto fuera la primera norma legal en Chile que hiciera otro tanto. Por tanto, la sentencia marca un hito importante al fijar ciertos puntos esenciales en relación a esta institución, a saber:

- i) la objeción de conciencia goza de sustento constitucional (por lo que no necesita ser creada por el legislador);
- ii) debe aplicarse en forma no discriminatoria a quienes se encuentren en una situación similar y
- iii) las personas jurídicas pueden invocar algo similar a través de su autonomía constitucionalmente reconocida (siete votos), y eventualmente de las libertades de asociación, religión y enseñanza (cinco votos).

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES PROSPECTIVAS

1. *¿Existe un derecho fundamental a abortar?*

Una cuestión de primordial importancia que se ha planteado con posterioridad a la dictación del fallo es su eventual tolerancia a formas más amplias de aborto. En otras palabras, ¿podría interpretarse la sentencia como una puerta abierta al aborto libre? o, planteado de otra forma, ¿podría aseverarse que el fallo reconoce un derecho fundamental a abortar?

Cabe destacar que considerar al aborto como derecho fundamental tendría enormes efectos sistémicos que exceden, con mucho, al caso en discusión. Es así como sería muy difícil justificar cualquier restricción al aborto por parte de legislador³⁵. Por lo mismo, no tendría ningún sentido limitar su procedencia a las tres causales que contempla el Proyecto si, de manera subrepticia, se está intentando crear un derecho fundamental. Ello por cuanto la naturaleza misma del derecho fundamental impide que su ejercicio sea excepcional. A la inversa, la excepción sería no poder ejercerlo, y tales situaciones deberían ser muy bien justificadas. Así, nuevos proyectos que

³⁵ RIVERS (2002), pp. xx-xxi.

contemplaran múltiples formas de aborto e, incluso, aborto completamente libre, podrían ser plenamente consistentes con la visión del aborto como derecho fundamental.

Al respecto, cabe recordar que el Proyecto no solo despenalizaba el aborto, es decir, eliminaba la sanción penal de la conducta, sino que parecía reconocer un verdadero “derecho a abortar”. Así, por ejemplo, tanto el Mensaje que dio origen al Proyecto, como el texto final del mismo, se refieren continuamente al término ‘prestación’ para referirse al aborto. Dicho vocablo, en la terminología propia y específica de los derechos fundamentales, tiende a reservarse para acciones estatales –normalmente la entrega de algo, de forma directa o a través de particulares–, que sirven de contrapartida a un derecho fundamental. En otras palabras, la titularidad de un derecho fundamental permite exigir ciertas prestaciones. Así parece entenderlo también nuestra Constitución, al utilizar la palabra en comento solo en el artículo 19 N° 18, referente al derecho a la seguridad social. En él se señala: “La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes...”³⁶, lo que pareciera confirmar lo antes señalado.

Junto con lo anterior, debemos recordar que el Proyecto imponía la obligación al equipo médico de realizar el aborto solicitado dentro de las tres causales (en ciertas ocasiones, aun si se cumplían los requisitos para la objeción de conciencia que reconocía el mismo Proyecto). En Derecho, lo normal es que las obligaciones sean la contrapartida de un derecho, en este caso, el de la madre a abortar. Más aún, desde la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales, cabe señalar que la obligación que imponía el Proyecto sobre el equipo médico podía afectar de modo severo los derechos fundamentales de tales personas (en particular la libertad de conciencia y religión, la integridad psíquica y la libertad de trabajo). Ahora bien, sabemos que la afectación de derechos fundamentales debe justificarse en forma exigente, y normalmente se hace invocando otro derecho fundamental; en este caso, el “derecho fundamental” a abortar. De lo contrario, deben invocarse bienes jurídicos de relevancia constitucional, cuestión que es más difícil de justificar, y que exige una argumentación explícita y precisa que no está presente en el caso en estudio. En síntesis, la justificación para afectar los derechos fundamentales del equipo médico era justamente la existencia de un derecho al aborto de la madre. Si bien el fallo, al ampliar de manera considerable la objeción de conciencia, neutralizó gran parte de lo antes señalado, ello no despejaba la duda acerca de si el Proyecto suponía la existencia de un derecho fundamental al aborto.

Frente a lo anterior, nos parece claro que la sentencia no reconoce un derecho fundamental a abortar. Es cierto que algunas argumentaciones del

³⁶ Existe otra referencia a la palabra ‘prestación’, pero se hace en un contexto y con una acepción completamente diferentes (artículo 11 N° 2).

fallo podrían dar la impresión contraria. En particular nos referimos a la declaración del no nacido como no-persona, carente de derechos fundamentales. Ello por cuanto siempre será difícil que los intereses de esta “no persona” –en particular el mantenimiento de su vida– logren imponerse a los derechos fundamentales de una “persona plena, de una mujer o una madre con un proyecto vital en pleno desarrollo en el mundo” (considerando cuadragésimo).

No obstante, una visión de conjunto de la sentencia demuestra que, si bien consagra declaraciones innecesariamente amplias, continuamente se enfoca a justificar las tres causales específicas, y cómo se trataría de situaciones excepcionales que exigirían un sacrificio desproporcionado a la madre. Y si queda alguna duda, cabe revisar la prevención de los ministros Brahm y Vásquez, así como la prevención del ministro Hernández. Esta última ya ha sido comentada, y demuestra, con claridad, una visión sumamente restrictiva de las tres causales, lo que es incompatible con la visión del aborto como derecho fundamental. A su vez, debemos recordar que los ministros Brahm y Vásquez señalan de forma expresa en su prevención que: “no existe en norma alguna constitucional un supuesto derecho general de las mujeres a abortar”, y que protección constitucional del no nacido solo cede “en casos excepcionales y calificados por el legislador, como los que el proyecto contempla”³⁷ (N° 4).

De esta forma, resulta claro que, al menos para una mayoría sustancial del Tribunal, no existe un derecho fundamental a abortar, por lo que no podría darse dicha interpretación al fallo, ni tampoco podría esperarse que una nueva ley de aborto, menos restrictiva, aprobara un control de constitucionalidad.

A nuestro juicio, la sentencia es en esto correcta, ya que no existe un derecho fundamental a abortar. En efecto, existen diversos criterios para calificar un derecho como fundamental: su universalidad, su “cercanía” a la dignidad humana, su carácter “básico”, su posición de supremacía o jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, su permanencia o estabilidad, su vinculatoriedad para el ejercicio de funciones públicas, su positivización en constituciones y tratados internacionales, su generalidad, su exigibilidad inmediata, su importancia para el desarrollo de las personas, su protección vía mayores exigencias procedimentales, entre otros³⁸.

La multiplicidad de criterios para determinar la “fundamentalidad” de un derecho ha sido reconocida por el Tribunal en la sentencia rol N°1710 (considerando octogésimo noveno y siguientes), destacando expresamente que “la definición de derecho fundamental está vinculada a su verifica-

³⁷ Prevención ministros Brahm y Vásquez, N° 4.

³⁸ Véase ALDUNATE (2008), p. 47 y ss.; FERRAJOLI (2006), p. 117 y ss.; TORRES DEL MORAL (1997), pp. 151-155; CARPIZO (2011), pp. 14-24; VIDAL (2001), pp. 80-81 y 90-93; RIVERS (2002), p. xix; HOFFMAN (1987), p. 527 y ss.

ción positiva” (considerando nonagésimo primero). Sin embargo, ni nuestra Constitución, ni los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes establecen un derecho al aborto. La Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha reconocido tal derecho³⁹. Es más, la Corte Europea de Derechos Humanos tampoco lo ha hecho, no obstante que la gran mayoría de sus Estados miembros contemplan el aborto en sus legislaciones internas⁴⁰.

Del mismo modo, no existe un derecho al aborto en nuestra tradición constitucional, que es la llamada a reconocer derechos fundamentales, otorgándoles así la antes señalada jerarquía superior dentro del ordenamiento jurídico, y vinculatoriedad directa sobre los órganos del Estado.

Desde otra perspectiva, la visión clásica de los derechos fundamentales los considera como una suerte de “triumfos individuales”, de modo que su invocación supondría una barrera absoluta a la acción estatal. Pues bien, el aborto no responde a esta estructura, pues su invocación solo es el comienzo de lo que se ha denominado un “diálogo regulatorio”, en que la comunidad, a través de la ley, define en qué situaciones y bajo qué condiciones es permisible⁴¹. Ello claramente no responde a la noción clásica de un derecho fundamental.

Otra consideración relevante es que los derechos fundamentales poseen no solo una dimensión subjetiva sino, también, una objetiva, como lo ha reconocido el propio Tribunal. Ella supone que los derechos fundamentales proveen de unidad y sentido a todo el ordenamiento jurídico⁴², en cuanto “sistematizan el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático”⁴³. Así, los derechos son fundamentales

“no tanto desde la perspectiva del individuo (...) sino desde la perspectiva de la organización política cuya base o fundamento de legitimidad van a constituir”⁴⁴.

Como es evidente, un derecho fundamental al aborto no responde a ninguna de estas lógicas; disponer del no nacido, más allá de ser una facultad –sumamente individualista⁴⁵– que se reconozca a la madre, no sirve de criterio inter-

³⁹ Ni siquiera en *Artavia Murillo v. Costa Rica* (2012), fallo singular que se aleja de la doctrina anterior de la Corte en relación con el derecho a la vida, se consagra algo remotamente similar a un derecho al aborto.

⁴⁰ Véase *A, B and C v Ireland* (2010), en particular su párrafo N° 214: “El Artículo 8 [de la Convención Europea de Derechos Humanos] no puede, por tanto, ser interpretado como si confiriera un derecho al aborto”. Traducción propia.

⁴¹ WEST (1994), p. 962.

⁴² E.g., Tribunal Constitucional (2008), rol 740-2007.

⁴³ VIDAL (2001), p. 82.

⁴⁴ ALDUNATE (2008), pp. 48-49; TORRES DEL MORAL (1997), p. 152. Algo similar en GOOPASTER (1973); RIVERS (2002), p. xix.

⁴⁵ WEST (1994), p. 963.

pretativo, iluminador, sistematizador o legitimador del ordenamiento jurídico y político. Es más, ni siquiera desde una perspectiva sistémica y funcional de los derechos fundamentales se puede afirmar que este supuesto derecho sirva para proteger a los miembros más débiles de la sociedad política,⁴⁶ sino todo lo contrario.

La imposibilidad de considerar al aborto como un derecho fundamental habría sido reconocida incluso por relevante literatura feminista. En efecto, aún si se le concibiera como derecho, tendría naturaleza “transicional” o “residual”, una especie de “válvula de escape” frente a una sociedad patriarcal que oprime a la mujer y, por lo mismo, sujeto a cambios y evolución de acuerdo con la situación real de la mujer en una determinada sociedad⁴⁷.

En definitiva, creemos que el aborto no puede considerarse un derecho fundamental, tanto por razones dogmáticas como prácticas, y así lo habría entendido el Tribunal en la sentencia.

2. ¿Apertura a la discriminación genética?

La declaración de constitucionalidad de la segunda causal, vinculada a la inviabilidad fetal, pareciera abrir la puerta a ciertas formas de discriminación genética, entendiendo por tal

“la discriminación en contra de un individuo, o en contra de miembros de la familia de ese individuo, realizada sobre la única base, real o percibida, de diferencias entre su constitución genética y el genoma ‘normal’”⁴⁸.

Entre los elementos de la definición, destacamos dos:

- i) supone la existencia de un “genoma normal”, una suerte de constitución genética “perfecta” que serviría de estándar de comparación universal y
- ii) la discriminación tiene como fundamento una alteración genética.

La segunda causal de aborto contemplada en el Proyecto permite justamente esta discriminación, ya que a ciertos no nacidos se les tratará de forma muy distinta –se les podrá abortar– en razón de una alteración genética que los alejaría del “genoma normal”.

Al respecto, cabe destacar que la existencia de un “genoma normal” que sirva de estándar de comparación para el resto, es un error⁴⁹ y un peligro. Es más, lo “normal” suele ser una construcción social que va de forma inflexible acompañada de la degradación de quienes no quedan comprendidos en esa categoría. En el caso de la discriminación genética, alteraciones a la constitución genética “normal” son inmediatamente consideradas como algo

⁴⁶ Cfr. FERRAJOLI (2006).

⁴⁷ Cfr. WEST (1994), pp. 965-966.

⁴⁸ SMITH (1995), pp. 2-3. Traducción propia.

⁴⁹ Cfr. SILVERS Y ASHLEY (2003), p. 17.

inferior o deficiente⁵⁰. De más está decir que esta estigmatización afecta de manera directa a la dignidad de las personas involucradas, cuyo igual valor intrínseco se ve negado⁵¹. Y dado que la dignidad va directamente aparejada a los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico, atentar contra aquella redonda en la negación de ciertos derechos a quienes no cumplen con el estándar “normal”, entre ellos el derecho a la vida.

Frente a este paradigma, se ha propuesto un cambio radical, cual sería el respeto a la diversidad genética⁵². Su fundamento es que toda persona tiene una identidad genética única e irrepetible, la cual incluiría tanto elementos “normales” o “comunes” como ciertas alteraciones o variaciones a los mismos, sin que nada de ello pueda afectar la dignidad y la valoración de la persona en cuestión.

Lo anterior no supone una visión falsamente benévola de cuestiones que objetivamente causan dolor. Así, por ejemplo, es posible valorar de manera positiva no poseer fibrosis quística, pero lo que no resulta legítimo es inferir de ello que una persona con dicha mutación genética tenga menos valor (o menos derechos fundamentales) que una “sana”. Lo contrario constituiría un ataque directo a principios constitucionales fundamentales, tales como el igual respeto a la dignidad humana (artículo 1 inciso 1°), la igualdad intrínseca de todas las personas (artículo 1° inciso 1° y 19 N° 2), la consideración de los seres humanos como fines en sí mismos (artículo 1° inciso 4°), entre otros.

En síntesis, permitir el aborto por defectos genéticos es una desvaloración inaceptable de la persona por el solo hecho de no poseer una identidad genética “suficientemente valorable”. La segunda causal del Proyecto permite esta situación, abriendo la puerta a una forma terrible de discriminación que hoy causa gran preocupación en Derecho Comparado, particularmente dados los avances de la genética y sus posibles malos usos.

V. CONCLUSIONES

La importancia radical de la materia resuelta por el fallo –constitucionalidad de una ley de aborto– demandaba una sentencia sólida, argumentada de forma contundente y sostenida sobre una mayoría sustantiva del Tribunal. Lamentablemente, nos encontramos frente a una sentencia más bien débil y confusa, cuya aplicación tal vez generará intensa discusión y controversia.

El principal problema del fallo es la cantidad y el contenido de las prevenciones y disidencias, ya que no queda claro si la mayoría del Tribunal esta-

⁵⁰ Cfr. ROMANACH (2015).

⁵¹ Cfr. GOMÉZ (2010), pp. 147-148.

⁵² SILVERS Y ASHLEY (2003), pp. 26-27.

ba realmente de acuerdo en algo, más allá de la voluntad de declarar constitucional las tres causales de aborto contempladas en el Proyecto. Así las cosas, no parece emanar de la sentencia una doctrina del Tribunal en estas materias, particularmente en relación con el estatus constitucional del no nacido como persona y titular de derechos fundamentales. Del mismo modo, es muy probable que la interpretación del fallo, en cuanto al contenido constitucionalmente permisible de las causales, deba ser muy restrictiva, particularmente en razón de la prevención del ministro Hernández. Noción como el aborto libre, o la existencia de un derecho fundamental a abortar, habrían sido excluidas por la sentencia.

La materia donde sí existió una mayoría sólida que nos permite identificar una doctrina más autorizada del Tribunal, es respecto de la objeción de conciencia. Aquella se declara como amparada por nuestra Constitución e, incluso, aplicable a las personas jurídicas, si bien mediante la invocación de otros derechos y libertades distintas a la libertad de conciencia.

Queda ahora pendiente la aplicación práctica del Proyecto, ya publicado el 23 de septiembre de 2017 como ley N° 21.030. Al respecto, cabe esperar diversas discusiones futuras de constitucionalidad, ya sea en razón de la dictación de las normas reglamentarias llamadas a ejecutar esta ley, ya sea por la presentación de recursos de inaplicabilidad o de protección en contra de las normas legales o administrativas involucradas. En tales discusiones, podrá apreciarse hasta qué punto la confusión y falta de mayorías claras del fallo dificultan su inteligencia y aplicación por los diversos agentes jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing).
- ARELLANO, Pilar (2012): *Historia Fidedigna de la Nueva ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional de Chile* (Santiago, Tribunal Constitucional).
- BARAK, Aharon (2012): *Proportionality* (United State, Cambridge University Press).
- CARPIZO, Jorge (2011): "Los Derechos Humanos: naturaleza, denominación y características", en *Cuestiones Constitucionales*, vol. N° 25: pp. 3-29.
- CEA, José Luis (2015): *Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ediciones UC).
- COVARRUBIAS, Ignacio (2014): "¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad?", en *Estudios Constitucionales*, vol. 12 N° 1: pp. 163-237.
- COVARRUBIAS, Ignacio (2012): "La Desproporción del Test de Proporcionalidad: Aspectos Problemáticos en su Formulación y Aplicación", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 2: pp. 447-480.
- FERRAJOLI, Luigi (2006): "Sobre Derechos Fundamentales", en *Cuestiones Constitucionales*, vol. N° 15: pp. 113-136.

- GOMÉZ, Ana (2010): "Principios éticos y jurídicos del derecho genético en las declaraciones internacionales relacionadas con las intervenciones sobre el genoma humano", en *Universitas Bogotá*, vol. 59, N° 120, pp. 141-168.
- GOODPASTER, Gary (1973): "The Constitution and Fundamental Rights", in *Arizona Law Review*, vol. 15: pp. 479-519.
- HOFFMAN, Daniel (1987): "What makes a right Fundamental", in *The Review of Politics*, vol. 49, N° 4: pp. 515-529.
- MERRYMAN, John (1985): *The Civil Law Tradition* (2ª ed., Stanford University Press).
- RIVERS, Julian (2002): "A Theory of the Constitutional Rights and the British Constitution", in Robert ALEXY (ed.), *A Theory of Constitutional Rights* (New York/Oxford University Press), pp. xvii-li.
- ROMAÑACH, Javier (2015): "Ethical and legal dilemmas arising from emerging technologies", in Gerard QUINN *et al.* (ed.), *Genetic Discrimination: transatlantic Perspectives on the case for European Level Legal Response* (Routledge (Kindle Edition), ciudad: pp. 39-51.
- SILVERS, Anita y ASHLEY, Michael (2003): "Human Rights And Genetic Discrimination: Protecting genomics promise for public health", in *The Journal of Law, Medicine and Ethics*, vol. 31, N° 3: pp. 377-389.
- SMITH, George (1995): "Genetic Determinism or Genetic Discrimination?", in *Journal of Contemporary Health Law and Policy* 235, vol. 11, N° 1: pp. 1-55.
- SUNSTEIN, Cass (2001): *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court* (United State, Harvard University Press).
- TORRES DEL MORAL, Antonio (1997): "Naturaleza de los Derechos Constitucionales", en *Revista de Derecho de la Universidad Catolica de Valparaíso*, vol. xvii: pp. 149-155.
- URBINA, Francisco (2017): *A Critique of Proportionality and Balancing* (Cambridge, Cambridge University Press).
- VIDAL, Ernesto (2001): "La interpretación de los Derechos Fundamentales por el Tribunal Constitucional", en *Anuario de derecho parlamentario*, N° 11: pp. 73-112.
- WEST, Robin (1994): "The Nature of the Right to an Abortion: A Commentary on Professor Brownstein's Analysis of Casey", in *Hastings Law Review*, vol. 45: pp. 961-967.