

**UNIVERSIDAD DE ATACAMA**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**  
**CARRERA DE DERECHO**



**“El inicio de la persona humana en el constitucionalismo chileno  
y en los fallos del Tribunal Constitucional (1980-2017)”**

**SEBASTIÁN ALBAYAY MUNIZAGA**  
**PROFESOR: RODRIGO PÉREZ LISICIC**

*Una eternidad, esperé este instante...*

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	4
<b>CAPITULO I: ANÁLISIS DE LAS DOCTRINAS CONSTITUCIONALES EN TORNO AL CONCEPTO DE PERSONA Y SU INICIO .....</b>	<b>7</b>
<b>A. Antecedentes generales de la interpretación en materia constitucional .....</b>	<b>7</b>
<b>B. La doctrina conservadora.....</b>	<b>10</b>
<b>C. La doctrina progresista.....</b>	<b>22</b>
<b>D. Análisis de las distorsiones doctrinales de la corriente conservadora en torno a la extrapolación de normas del Código Civil a la Constitución de 1980 .....</b>	<b>29</b>
<b>CAPITULO II: ANALISIS DE LOS FALLOS RELEVANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE INTERRUPCION DEL EMBARAZO Y EL CONCEPTO DE PERSONA Y SU INICIO.....</b>	<b>31</b>
<b>A. Aspectos elementales de la justicia constitucional chilena .....</b>	<b>31</b>
<b>B. Fallo Causa Rol 740-07 caratulados “Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N°48 de 2007 del Ministerio de Salud.” .....</b>	<b>34</b>
<b>C. Fallo Causa Rol 3729 caratulados “Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de Ley que regula la despenalización del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín N°9895-11” .....</b>	<b>39</b>
<b>CAPITULO III: PROPUESTAS PARA EL DEBATE CONSTITUCIONAL EN FAVOR DE LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO DESDE LA NORMA FUNDAMENTAL .....</b>	<b>46</b>
<b>A. La chance de una Constitución en democracia.....</b>	<b>46</b>
<b>B. La clave para la libre interrupción del embarazo a partir de la norma constitucional: alejarse del Código Civil. ....</b>	<b>48</b>
<b>CONCLUSIÓN.....</b>	<b>51</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>55</b>

## INTRODUCCIÓN

Los procesos constitucionales en Chile se han generado a partir de conflicto, y la conformación de las estructuras ideológicas que han dado contenido a los modelos de las cartas fundamentales que se han impuesto, han sido generalmente producto de violencia política y hegemonía. Bien se demuestra aquello con el resultado de la batalla de Lircay, donde los *Conservadores* dieron pie al a partir de la Constitución de 1833, al denominado *Orden Portaliano*, generándose una república conservadora que imperó en gran parte de siglo XIX con los matices más o menos conocidos por historia jurídica nacional. De igual manera, la olla a presión que se configuró por las diversas crisis sociales, políticas e institucionales de finales del siglo XIX y principios del XX, terminaron con un proceso de violencia política marcada por la intervención militar en la política civil, donde el denominado *ruido de sables* fue el hecho catalizador en la configuración de la ya difunta Constitución de 1925.

Punto aparte haremos en estas páginas introductorias para la Constitución de 1980 del tirano Augusto Pinochet, la que, pese a la gran reforma del año 2005 del presidente del Partido Por la Democracia Ricardo Lagos Escobar, mantiene incólume las bases estructurales urdidas por los ideólogos de la dictadura cívico militar desde 1973. En ella se plasmó un gran proceso revolucionario que afectó la construcción de una sociedad que había intentado transformar las estructuras ataviadas durante el siglo XIX. En ese sentido, Chile intentó liberarse del colonialismo exacerbado de sus estructuras económicas con un gran progreso industrial generado en menos de 50 años, el que con sus luces y sombras, fue crucial para un desarrollo tecnológico de un territorio eminentemente agrario y minero, acostumbrado involuciones productivas producto de las crisis internacionales de los precios de las materias primas que exportaba y que aún exporta. En materia de derechos sociales, de avanzó en la construcción de redes de asistencialismo en distintas áreas: se estableció la instrucción primaria y secundaria, la educación técnico profesional, la educación universitaria abierta y laica que propició la inserción de las clases medias profesionales a las estructuras de poder; la construcción de un sistema de salud que disminuyó notablemente la mortalidad infantil y la desnutrición, y que generó la erradicación de distintas enfermedades urbanas y rurales.

En materia de recursos naturales, especialmente en la propiedad y tenencia de la tierra, se llevó a cabo el proceso jurídico-político más significativo de reorganización del campo llevado a cabo por la Reforma Agraria, el cual intentó desarticular las formas coloniales de uso, goce y disposición, desarmando el latifundio y disponiendo los recursos en función del aumento de la productividad. De igual forma, se llevó a cabo un proceso de reasignación de la propiedad de las sustancias minerales sin precedentes en la historia chilena, donde la nacionalización del cobre catalizó todos los esfuerzos orientados en esa línea.

En materia de libertades sexuales y reproductivas, especialmente para las mujeres, en el año 1931, con la creación del Código Sanitario, mediante el Decreto con Fuerza de Ley N°226, se estableció que, por razones terapéuticas, se podía interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer, procedimientos que requerían de la opinión documentada de tres facultativos (Art. 226).

Más adelante, en 1968, se deroga el Código Sanitario que data de 1931, y entra en vigencia un nuevo Código Sanitario creado mediante el Decreto con Fuerza de Ley N° 725. En lo relativo a la interrupción del embarazo, este decreto estableció que “sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos” (artículo 119). De esta manera, se redujeron los requisitos del aborto terapéutico, dejando en manos de los médicos la decisión de actuar frente a una situación de riesgo (presente o futuro) de la mujer.

La Constitución de 1980 fue un proceso *contra-revolucionario*, en la cual *“la instalación del Estado neo-liberal ha sido, en Chile, la coyuntura constituyente de mayor duración (17 años según el plazo oficial; 25 y sigue, según plazo histórico), la que ha tenido el gobierno militar no electo más longevo (tres veces más que la dictadura del General O’Higgins) y la que ha sido -junto con la de 1830- la más faccionalista, al registrar dos récords: en la violación de los derechos humanos de los perdedores, y en la imposición de un consenso unilateral sobre un disenso cívico global.”*<sup>1</sup>

En ese sentido, este proceso constituyente impuesto a sangre y fuego, culmina con la dictación de un texto constitucional configuró un sistema social donde determinados

---

<sup>1</sup> SALAZAR, Gabriel. *Historia contemporánea de Chile I: Estado, legitimidad, ciudadanía*. Santiago de Chile: LOM, 1999. P. 99.

derechos fueron realzados y puestos como factores principales de la fórmula de la libertad, mientras que otras libertades ya concedidas, fueron cercenadas. De esta forma y en relación al tema que nos convoca, si bien la prohibición total de la interrupción del embarazo no se configuró expresamente en la carta fundamental dictatorial, fue la normativa constitución la que, en base a una “interpretación coherente con su espíritu”, dio pie a esta prohibición. Fue así como a partir del año 1989, el aborto terapéutico en Chile volvió a ser absolutamente ilícito. Se sustituyó la excepción que consagraba una admisibilidad limitada a la interrupción del embarazo, sólo por razones terapéuticas, por la Ley N° 18.826, de septiembre de 1989, que reemplaza el artículo 119 del Código Sanitario con un artículo único, aprobado por la Junta de Gobierno de la República de Chile, que dispone: "Artículo 119.- No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto". Debido a que el legislador estimó que su anterior contenido era incompatible con el derecho constitucional a la vida, establecido en el artículo 19, N° 1, inciso 2°, de la Constitución Política de la República, e inconsecuente con las disposiciones de los artículos 342 a 345 del Código Penal.

Fue así como ideológicamente y en base a los argumentos que más adelante analizaremos, se planteó una interpretación única de la constitución, cuestión que dio un vuelco con la promulgación de la Ley N°21.030 o más conocida como aborto en las tres causales, en el segundo gobierno de la presidenta Michelle Bachelet.

Es la intención de este trabajo desentrañar las ideas en torno al concepto de persona que dieron pie a que en 27 años, se pasara, a partir de una misma norma constitucional desde la prohibición total del embarazo a su permisión en base a normas imperativas.

## **CAPITULO I: ANÁLISIS DE LAS DOCTRINAS CONSTITUCIONALES EN TORNO AL CONCEPTO DE PERSONA Y SU INICIO**

### **A. Antecedentes generales de la interpretación en materia constitucional**

Quien participa en la asignación de sentido a los materiales relevantes en el proceso de la aplicación de una norma constitucional, *“tiene ante sí una serie de hechos o entidades -actos lingüísticos, textos, conductas, actitudes -que, obviamente...no le sirven para justificar una acción o decisión. Para ello necesita pasar de esos materiales a proposiciones normativas. Y para pasar de esos materiales a proposiciones normativas a partir de ciertos textos, actos o prácticas no sólo son necesarios principios normativos que legitimen tales actos, textos o prácticas sino también asignarles a éstos un significado”*.<sup>2</sup>

Toda norma jurídica constitucional tiene en sí un contexto de creación y nace con una intención dirigida en relación al ordenamiento fundamental que se le quiere dar a una sociedad específica en un momento histórico determinado. En otras palabras, al ser el Derecho una creación del hombre y al representar el mismo un espacio-tiempo concreto, sus bases de funcionamiento contienen directrices de lo que se pretende en la configuración de la conducta de los sujetos regulados.

La configuración de una sociedad determinada – o más bien, el intento de aquello- se da en una relación dialéctica entre hegemonía y las relaciones de poder que la subyacen. Es claro así que cualquier aparato de control y de dirección de la conducta humana con la facultad de coerción, debe tener ámbitos de poder bien definidos que soporten la resistencia de los regulados en pos de la imperatividad y la obediencia. Normalmente, la dinámica anterior es producto de relaciones políticas más o menos determinadas que institucionalmente configuran cauces pacíficos de creación normativa y de obligatoriedad, sin embargo, para el caso que en este trabajo analizamos, a saber, la Constitución de 1980, su origen basado en la

---

<sup>2</sup> NINO, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005.P. 82.

violencia como producto de la teoría del enemigo político (o la guerra interna), nos proporciona matices particulares en la construcción de la coherencia normativa e interpretativa.

Hasta 1989, más o menos, producto de la dictadura militar y también por el no reconocimiento del Estado de Chile respecto de los tratados internacionales firmados y ratificados en los países democráticos, la coherencia normativa constitucional en la producción de normas de menor rango y en la interpretación, era de alguna forma autopoiética o, mejor dicho, autárquica. El orden jurídico interno se satisfacía a sí mismo en la producción legislativa en pos del anquilosamiento de las ideas principales adoptadas por la dictadura cívico-militar a partir de 1976. Sin embargo, con la llegada de la democracia y el inicio de los gobiernos de la Concertación, este orden constitucional tomó validez legitimado por la transición pactada y por la gran presencia de la Derecha chilena en el Congreso Nacional y en la esferas de poder. Fue así como además se hizo coherente en el concierto jurídico internacional por la ratificación de determinados tratados de Derechos Humanos, pero manteniendo la teoría de la primacía normativa interna como fenómeno justificador de la coherencia normativa productora e interpretativa de la Constitución.

Para el caso específico de este estudio, se le restó potencia a la teoría de interpretación de la Ley y su potencia evolutiva<sup>3</sup> como teoría válida para adaptar los preceptos legales al avance de la sociedad, partiendo desde la insoslayable premisa de que es el Derecho quien recorre cauces evolutivos más lentos. Fue así como a partir de la interpretación del artículo 19, n1, inciso segundo, se logró una sistemática jurídica que prohibió totalmente el aborto desde 1989 hasta el año 2017, lo cual, atado a una distorsión doctrinal en la interpretación de determinadas normas del Código Civil, y con la confabulación de una doctrina constitucional adepta a los principios valóricos de la dictadura y de la derecha chilena, erradicaron a través del mecanismo de control -Tribunal Constitucional- cualquier intento legislativo en pos del aborto.

No pasaron sino 27 años desde la vuelta a la democracia cuando el propio mecanismo de control de la Constitución dio el visto bueno a la Ley N°21.030 -o de aborto en tres causales-

---

<sup>3</sup>BETTI, Emilio. *Teoría de la interpretación jurídica*. Santiago de Chile: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 2015. P. 107.



devolviendo en parte un derecho que había sido consagrado por el Código Sanitario 86 años atrás, de forma tal que se evolucionó “involuntivamente”, pues las libertades de las mujeres a decidir sobre sus cuerpos generadas durante el primer tercio del siglo XX cercenadas por la dictadura, fueron devueltas en la segunda década del siglo XXI, en las aporías de un dilema que aún debe resolverse.

Lo relevante de lo anterior es que la interpretación constitucional que guió tanto la formulación de las leyes que prohibieron totalmente la interrupción del embarazo y de los fallos del Tribunal Constitucional, tuvo variaciones significativas que más adelante analizaremos, y que significaron un cambio en el *telos* y en el levantamiento de la proscripción penal de determinadas hipótesis de aborto a partir de una misma norma constitucional.

## B. La doctrina conservadora

Los debates sobre cuándo comienza la persona en el constitucionalismo chileno, han estado presentes a lo largo de las últimas décadas, y se han configurado en base a posturas antagónicas que buscan, cada una, otorgar un cariz interpretativo distinto, donde la concepción es considerada elemental al momento de entender cuestiones relativas a la consagración de ciertos derechos en individuos más o menos determinados. Es así como a partir de la Constitución de 1980 se han configurado posturas dogmáticas sobre cuándo comienza la persona humana, en función de la interpretación del artículo 19, N°1, inciso 2, las que a pesar de ser en número reducidas, no han dejado de ser completamente antagónicas. Estas posturas se han construido en base a una multiplicidad de fundamentos, los que han sido tanto de corte filosófico, religioso, científico, entre otros, configurando un rico diálogo del cual se ha nutrido nuestro Derecho Constitucional y del que han emergido diversas legislaciones en contextos distintos en torno a la consagración de determinados derechos, en especial en asuntos relativos a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, y a la protección del no nacido.

La Constitución Política de 1980 es sin duda uno de los textos más controversiales de la historia republicana de Chile. Creada por la denominada “Comisión Ortúzar” en el contexto de la dictadura cívico-militar, trajo consigo a partir de su instauración, grandes discusiones sobre la aplicación de sus preceptos, donde el debate sobre cuándo comienza la persona humana y sus alcances en materia de aborto, fue una temática relevante en la agenda nacional, principalmente en las dos primeras décadas del siglo XXI.

En relación a lo anterior, la cuestión de máxima controversia –y que por supuesto, la que más nos interesa discutir- se da en torno a saber desde cuándo las distintas posiciones doctrinales constitucionales consideran que comienza la existencia de la persona humana. Lo anterior, creemos, es fundamental a la hora de interpretar nuestra Constitución, y lo es más aún al momento de establecer consideraciones constitucionales y/o legales relativas a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, y al *nasciturus*. Estas interpretaciones han dado cabida

a la creación de cuerpos legales o de aplicaciones judiciales muchas veces contradictorias entre sí, ya que parten de argumentos con elementos basales distintos, donde adoptar una postura u otra, es determinante en la forma de entender determinados derechos, en especial los consagrados en el artículo 19, N°1, de la Constitución Política de la República.<sup>4</sup>

Para fines propedéuticos y en base a las posiciones estudiadas en torno al tema emanadas por los distintos autores, hemos dividido las posturas en dos grupos, una más abundante que otra. La primera, que denominaremos *doctrina conservadora*; y la segunda, que llamaremos *doctrina progresista*. Ambas establecen una interpretación constitucional distinta sobre cuándo comienza la existencia de la persona, configuradas en base a diversos elementos que expondremos a continuación. La importancia de esta discusión y del estudio de estos planteamientos, son los alcances que la adopción de determinada doctrina puede generar; además de entender la gran capacidad de interpretación y mutabilidad que el contexto le otorga a la norma constitucional.

Comenzaremos nuestra discusión con la que ya hemos denominado como *doctrina conservadora*. Este grupo de autores, la mayoría de ellos profesores de Derecho Constitucional de Universidades Católicas a lo largo del Chile, tienen como postulado esencial que la persona humana comienza con la concepción. Estos autores son fundamentalmente Alejandro Silva Bascuñán<sup>5</sup>, Jaime Guzmán Errázuriz<sup>6</sup>, José Luis Cea Egaña<sup>7</sup>, Ángela Vivanco Martínez<sup>8</sup>, Fernando Jiménez Larraín<sup>9</sup> y Fernando Jiménez Loosli<sup>10</sup>.

La importancia de entender este discurso y sus argumentos, radica en poder generar un análisis de las cuestiones elementales que configuraron las legislaciones que, a partir del

---

<sup>4</sup> Un ejemplo de lo anterior es el contraste que se genera entre la ley N° 18.826 y la ley N° 21.030. La primera establecía la prohibición de cualquier tipo de aborto; la segunda derogó la anterior y permite actualmente el aborto en tres causales.

<sup>5</sup> Fue Profesor de Derecho Público y Constitución de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

<sup>6</sup> Fundador del gremialismo, del Partido Unión Demócrata Independiente, uno de los grandes influyentes en la Constitución de 1980, especialmente en temas valóricos. Fue profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile, hasta su muerte.

<sup>7</sup> Abogado y Constitucionalista de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Doctor en Derecho por la Universidad de Wisconsin.

<sup>8</sup> Abogada y profesora de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

<sup>9</sup> Abogado de la Universidad de Concepción y profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Santísima de la Concepción.

<sup>10</sup> Abogado de la Universidad de Concepción y profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Santísima de la Concepción.

entendimiento del concepto de persona desde la concepción, se esmeraron en prohibir de forma absoluta cualquier tipo de aborto, otorgándole al no-nacido la calidad de persona en todo momento de su etapa pre-natal, reduciendo a cero el campo de autonomía de la mujer. Lo anterior fundamentó ideológicamente la dictación de la Ley N°18.826 de 15 de septiembre de 1989, que en su artículo único reemplazó al artículo 119 del Código Sanitario por los siguiente: “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto.”.

José Luis Cea Egaña, profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica, en su obra *Derecho Constitucional Chileno*, se hace la siguiente pregunta: ¿Desde cuándo comienza la vida?<sup>11</sup> Para responder a ello configura un discurso basado en una multiplicidad de argumentos, los que a veces, como veremos más adelante, generan contradicciones insoslayables entre sí.

Cea crea un discurso ecléctico, donde la mezcla de cuestiones científicas –esencialmente biológicas-, religiosas y jurídicas, dan vida a una conceptualización del concepto de persona que, además de ser compatible con la constitución de 1980 –según su punto de vista- es absoluto, o sea, no abierto a interpretaciones ni a discusiones posteriores. Este discurso, que llamaremos *biologicista*, tiene una alta carga de argumentos científicos, donde un fallo del Tribunal Constitucional<sup>12</sup> sobre la famosa “píldora del día después” es el punto de referencia fundamental, pues su alto contenido científico-médico es basal en esta discusión.

Se establece que, “desde el proceso de la fecundación, cuando el espermatozoide o célula germinal masculina penetra en el óvulo o célula germinal femenina formando la única célula del cigoto, la entidad biológica que emerge es un ser humano. Un “ser humano” es entendido aquí significando, primero, que el cigoto es concebido de padres humanos, de tal forma que pertenece a la misma especie que la de sus progenitores; y, segundo, que el cigoto, como entidad biológica, posee una constitución genética humana que programa su estructura fisiológica y psicológica(...) Para aquellos que quieren argumentar que el no nacido, particularmente durante el primer trimestre de gestación, no es ser humano integralmente

---

<sup>11</sup> CEA, José Luis. *Derecho Constitucional Chile, Tomo II*. Santiago de Chile: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 2012. P.96.

<sup>12</sup> Causa Rol N° 740-2007 del Tribunal Constitucional Chileno. Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud.

porque no posee las características de autoconciencia, intuición, pensamiento, memoria, imaginación, y por tanto no merece de los derechos y protecciones que se dan al nacido, hay que decir que aunque tales características no están todavía desarrolladas en el cigoto, están presentes los genes para el desarrollo del cerebro, donde estas capacidades se encuentran(...) Después de la fecundación no hay experimento científico que pueda desarrollarse con la intención de determinar cuándo el no nacido sería humano; cualquier momento que se usara como línea divisoria para señalar el comienzo de una “humanidad integral” (...) representa un momento arbitrario sujeto a discusión.”<sup>13</sup> De esta forma se sostiene que la vida del ser humano comienza desde la concepción.

Si bien en lo anteriormente expuesto, el concepto de persona no está explícitamente manifestado, la consecuencia directa del proceso de fecundación es la creación de un nuevo individuo de la especie humana, por lo tanto, de una persona. Lo anterior se refuerza cuando el autor entra al análisis del artículo 19, N° 1, de la Constitución. Sobre el derecho a la vida, “esta locución, concisa y llena de significado se refiere, desde luego, a la persona que se halla aún en el vientre materno, cualquiera sea el tiempo transcurrido en su proceso de gestación. Ella tiene derecho a vivir y la ley, con sujeción al inciso 2° del mismo numeral 1, debe contemplar las reglas que aseguren que así ocurra. El aborto, en consecuencia, se encuentra prohibido por la Carta Fundamental, y esto no sólo en virtud del precepto contemplado en el citado inciso 2°.”<sup>14</sup>

Siguiendo con los argumentos que sustentan este discurso, el autor cita a la Excelentísima Corte Suprema, que en sentencia de fecha 30 de agosto de 2001<sup>15</sup> señala que “la jurisprudencia de nuestros tribunales también se ha pronunciado en torno a la protección de la “persona” que está por nacer, en cuanto sujeto de derecho, en forma congruente con la preceptiva constitucional. Así el que está por nacer cualquiera sea la etapa de su desarrollo prenatal, pues la norma constitucional no distingue, tiene derecho a la vida, es decir, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación.”<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Op. Cit. Cea Egaña, P. 102

<sup>14</sup> Op. Cit. Cea Egaña, pp. 103.

<sup>15</sup> Rol 2186-01, Tribunal Constitucional, caratulado “Philippi Izquierdo con Laboratorio Chile S.A.”.

<sup>16</sup> Op. Cit. Cea Egaña, P. 95

En el mismo ámbito de justificaciones, Cea Egaña, refiriéndose al Estado humano y bien común, cita la Carta Encíclica *Evangelium Vitae*, sobre el valor y el Carácter inviolable de la Vida Humana<sup>17</sup>: “Cuando la iglesia declara que el respeto incondicional del derecho a la vida de toda persona inocente –desde la concepción a su muerte natural- es uno de los pilares sobre los que se basa toda sociedad civil, “quiere simplemente promover un Estado humano. Un Estado que reconozca, como su deber primario, la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana, especialmente la más débil””<sup>18</sup>. Este elemento viene a completar de forma paradójica el discurso, donde cuestiones religiosas son fundamentadas por elementos científicos, cerrando el círculo argumentativo, donde la vida comienza desde el momento de la concepción, al igual que la persona humana.

Alejandro Silva Bascuñán en su *Tratado de Derecho Constitucional* construye un discurso con elementos similares a los utilizados por el autor anteriormente estudiado, pero con la característica de que gran parte de sus propuestas y fundamentos provienen de la dogmática católica: “Algunos intentan justificar el aborto sosteniendo que el fruto de la concepción, al menos hasta un cierto número de días, no puede ser todavía considerado una vida humana personal. En realidad, desde el momento en que el óvulo es fecundado, se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces. A esta evidencia de siempre...la genética moderna otorga una preciosa confirmación. Muestra que desde el primer instante se encuentra fijado el programa de lo que será ese viviente: una persona, un individuo con sus características ya bien determinadas.”<sup>19</sup>

El párrafo anterior es citado desde la encíclica *Evangelium Vitae* del Papa Juan Pablo II, y constituye uno de los fundamentos esenciales de este autor para afirmar que la persona humana comienza con la concepción.

Lo interesante de estas posiciones *conservadoras* es la utilización de fuentes argumentales contradictorias. Se desprende de lo leído más arriba que una idea de orden religiosa se aferra a la “genética moderna” derivada de los estudios científicos –fundamentalmente biológicos-

---

<sup>17</sup> 25 de marzo de 1995. N° 101.

<sup>18</sup> Op. Cit. Cea Egaña, P. 91.

<sup>19</sup> Encíclica *Evangelium Vitae*, 25 de marzo de 1995, Número 60. En: Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo IX. Editorial Jurídica de Chile, 2006. Santiago de Chile, pp. 71.

para darle una mayor validez a su argumento. Cabe mencionar que durante siglos la religión y la ciencia se han entremado en debates sobre cuestiones fundamentales de la experiencia humana, tales como la existencia del hombre; el comienzo y el fin de diversas cuestiones, como el tiempo, el universo; la existencia de Dios; etc. Lo paradójico es que mientras diversos autores y filósofos de nuestra era se han encargado de validar diversas teorías del conocimiento a través de siglos de ensayos, aciertos y errores, con la finalidad de “arrancar” de los hilos de los dioses la explicación de los fenómenos naturales y sociales, la *doctrina conservadora* constitucional chilena establece un diálogo, o más bien, la construcción de un discurso simbiótico con argumentos basados en elementos contradictorios, naturalizando y a la vez distorsionando una construcción jurídica de gran importancia en nuestra sociedad, como es la conceptualización de la persona humana y desde cuándo ésta comienza.

Asimismo, esta visión de la persona humana desde la concepción no corresponde exclusivamente a los autores *conservadores*, sino que también ha sido expresada por diversos Tribunales de Justicia en diferentes fallos, desde los cuales Silva Bascuñán obtiene la siguiente conclusión: “El voto mayoritario de la sentencia recién citada afirma la buena doctrina al sostener que hay vida desde la fecundación. Creemos, en efecto, que desde ese instante el óvulo es persona y, por lo tanto, sujeto de los derechos, igualdades, libertades e inviolabilidades que la Carta asegura a todo ser racional, así como de los derechos esenciales que emanan de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (art. 5 inc. 2). Constituye el más esencial de esos derechos dar la seguridad de que ese ser en gestación podrá seguir desarrollándose en el seno materno hasta quedar en condiciones de nacer.”<sup>20</sup> La configuración de este discurso doctrinario y legal, tiene como fundamentos el artículo 55 del Código Civil, donde persona es considerada cualquier individuo de la especie humana, por lo tanto, y en pos de fundamentar científicamente lo expresado por la ley, un individuo de la especie humana es entendido desde la concepción y al tomar tal calidad, es ya una persona. No deja de ser relevante en esta visión que se extiende el concepto de “sujeto de derecho” al óvulo fecundado, cuestión polémica e incluso contradictoria que discutiremos más adelante.

---

<sup>20</sup> Op. Cit. Silva Bascuñán, P. 81.

Otro de nuestros autores conservadores, en específico, la profesora de Derecho Constitucional y hoy ministra de la Excelentísima Corte Suprema, Ángela Vivanco Martínez, mantiene posturas similares a las mencionadas más arriba, y expone en relación al concepto de persona en materia constitucional que, “[l]a constitución es cuidadosa al no usar el concepto que ha creado el derecho civil de persona, ya que tal concepto ha sido ideado para que el individuo ejerza derechos patrimoniales y, por eso, se asocia la calidad de persona a la circunstancia de nacer vivo y haber sobrevivido separado de la madre, aunque sea un momento(...)En nuestro ordenamiento constitucional, el Constituyente hizo énfasis en que el concepto de persona es más amplio y alude a todo individuo de la especie humana, sin importar si ejerce o no todas las facultades físicas e intelectuales de tal, y esta calidad se adquiere desde el momento de la concepción y hasta la muerte(...). [Así] en el vocablo de persona quedan, consiguientemente, absorbidos los individuos de ambos sexos, de cualquier nacionalidad, raza o condición, sin distinción de edad, oficio o profesión, cualquiera sea su estado de salud física o mental, o si se trata del producto de la concepción.”<sup>21</sup>A lo anterior la autora agrega en el mismo sentido una cita de Enrique Evans de la Cuadra al proponer esencialmente que la vida “por ser el don primario que Dios ha dado al hombre y por ser la fuente de sus demás atributos está cautelada por la institucionalidad constitucional y legal desde que se inicia la gestación.”<sup>22</sup>

Lo importante de esta mención radica especialmente en que la autora establece con certeza un concepto de persona radicado en la Constitución, donde esta es entendida desde la concepción. Cabe mencionar que en las innumerables ocasiones que en la Carta Fundamental aparece el vocablo “persona” en relación esencialmente a las personas naturales, esta nunca es objeto de definición legal, *a contrario sensu* de lo que ocurre en el Código Civil, donde el artículo 55 completa una definición cuyo valor es interpretado y extrapolado al ámbito constitucional de diversas maneras, siendo en estos casos fundamento de las posiciones conservadoras al considerar persona a “cualquier individuo de la especie humana” desde la concepción.

---

<sup>21</sup> VIVANCO, Ángela. *Curso de Derecho Constitucional: Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980. Tomo II*. Santiago de Chile: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006. P. 242.

<sup>22</sup> Evans de la Cuadra, Enrique, en: VIVANCO, Ángela. *Curso de Derecho Constitucional: Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980. Tomo II*. Santiago de Chile: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006. P 245.



A mayor abundamiento podemos ver además la posición de Vivanco respecto al debate dado en nuestro país hace casi una década en relación a la “píldora del día después”, donde las discusiones jurídicas se centraron en si ésta era de carácter anticonceptiva o abortiva, diferencia fundamental a la hora de comprender las consecuencias jurídicas en relación a la Constitución y a la normativa legal vigente en ese entonces. “Esta controversia depende en definitiva de las determinaciones que se efectúen en torno a la protección jurídica de la vida humana en sus inicios, esto es, si ella comienza en el instante mismo en el momento de la implantación del óvulo fecundado en la capa mucosa que recubre el útero (anidación), o si ocurre con la concepción, es decir, en el instante mismo en que se produce la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide masculino. Tal determinación significa, a la postre, calificar si la mujer, su familia o el Estado pueden aceptar o tolerar, jurídica y moralmente, la muerte de un individuo de la especie humana para evitar tener el desagrado de afrontar los resultados de una relación sexual no protegida.”<sup>23</sup> En este contexto, Vivanco concuerda con los fundamentos expresados en los considerandos de la sentencia del Tribunal Constitucional, donde éste establece que: “la doctrina constitucional chilena se ha inclinado mayoritariamente por sostener, a diferencia de lo sustentado por profesores de otras disciplinas del Derecho, que la protección constitucional de la persona se inicia desde el momento mismo de la concepción (considerando 49), lo cual se fundamenta en el hecho que “...al momento de la concepción surge un individuo que cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo, constituyéndose en un ser distinto y distinguible completamente de su padre y madre –como ha sido afirmado en estos autos-, [por lo tanto] es posible afirmar que estamos frente a una persona en cuanto a sujeto de derecho.”

Lo anterior fue objeto de un largo debate que abarcó casi una década –desde el 2001 al 2008- donde se logró validar a través de una sentencia del Tribunal Constitucional la postura *conservadora* en relación al comienzo de la persona humana desde la concepción. Esto significó que existiera, a pesar de los esfuerzos de diversos autores que veremos a continuación, un consenso público, político-esencialmente de los grupos de derecha- y legislativo, sobre la negativa total a cualquier intento de legislación que abriera la posibilidad

---

<sup>23</sup> Vivanco Martínez, Ángela. *La Píldora del Día Después: Sentencia del Tribunal Constitucional*. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N°3, pp. 543-577. 2008. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372008000300009](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000300009). Última visita: 13 de junio de 2018.

a una ley que despenalizase el aborto, cuestión que 10 años más tarde se logró revertir con la ley N° 21.030.

Siguiendo con nuestra exposición no podemos dejar de lado a autores constitucionales regionales, donde los profesores Fernando Jiménez Larraín y Fernando Jiménez Loosli - ambos académicos de la Universidad de la Santísima Concepción- tienen planteamientos similares a los ya expuestos, con conclusiones importantes de señalar. Ambos plantean que “[L]a Constitución señala un mandato al legislador al establecer que la ley debe proteger la vida del que está por nacer. La protección comienza desde el momento mismo de la concepción, lo cual se traduce en un derecho a la vida del está por nacer.”<sup>24</sup>, agregando además que “[N]o obstante que los derechos constitucionales se encuentran sujetos a limitaciones o restricciones de diversa índole, expresamente señalados en la Constitución o en las leyes que complementan o regulan sus respectivos ejercicios, el derecho a la vida del que está por nacer carece de limitación alguna, por lo cual se encuentra en mejor situación que el propio derecho a la vida de la personas, pues este está afecto a limitaciones como la pena de muerte, la muerte causada en guerra y otras.”<sup>25</sup> Lo anterior es muestra clara de que el concepto de persona que ambos tienen es desde la concepción, pues le otorgan un derecho a la vida al no-nato que se extiende desde sus inicios más remotos. Además, y como corolario de lo anterior, se desprende un “derecho a nacer” del *nasciturus*, el cual al parecer tiene las características de ilimitado y absoluto y tendría una mayor prevalencia que el mismo derecho a la vida que posee un nacido, o sea, una persona inserta en la sociedad y con capacidad legal para poseer y ejercer los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce.

Dentro de esta doctrina que hemos denominado como “*conservadora*”, muchos de los argumentos que defienden los discursos que entienden a la persona humana desde el momento de la concepción tienen un carácter religioso, generalmente católico. No ha de extrañarnos que la mayoría de los autores que a lo largo de este estudio hemos mencionado, han sido o son académicos de universidades de corte religioso o de un carácter conservador en cuanto a materias relativas a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y en las

---

<sup>24</sup> JIMENEZ LARRAIN., F; JIMENEZ LOOSLI, F. “*Derecho Constitucional, Tomo I*”. Concepción:Ed. Universidad Católica de la Santísima Concepción, 2014. P. 236.

<sup>25</sup> *Ibidem*. P. 238

visiones sobre educación sexual y aborto. Los ejemplos más claros de aquello lo constituyen los profesores José Joaquín Ugarte y Jaime Guzmán Errázuriz.

El primero sostiene que “para la adecuada comprensión del derecho a la vida consagrado en la Constitución de 1980 es necesario entenderlo como un derecho natural y obra de Dios, que se tiene por el solo hecho de ser persona”.<sup>26</sup> Posteriormente y en base a diversos argumentos filosóficos y biológicos afirma que “[L]a biología demuestra hoy que el hombre [por lo tanto, también la persona] comienza con la concepción, pues con ella se forma, al unirse los gametos masculino y femenino, el código genético, que dirige todo el desarrollo del nuevo ser, su crecimiento y la constitución de sus órganos definitivos, y su desenvolvimiento hasta la clausura de su ciclo vital con la muerte.”<sup>27</sup> Se suma ello que esta unidad biológica al ser considerada persona posee también alma, pues “desde que hay un cuerpo natural orgánico de hombre, un sujeto biológico hombre, no puede sino estar en él presente su acto primero: el alma humana”<sup>28</sup> lo cual completa el algoritmo que configura según esta interpretación a la persona humana. Así, y como una de sus conclusiones, el autor señala que “[E]l aborto, como se desprende de lo expuesto, es dar muerte a una persona humana, y por lo tanto es un homicidio. Por eso es gravemente contrario a la ley natural y a la Constitución Política. La vida del que está por nacer, al ser éste persona, resulta directamente tutelada por el inciso primero del número primero del artículo 19 de la Carta Fundamental...”<sup>29</sup>

Es en el mismo tenor que el profesor Jaime Guzmán Errázuriz, fundador del gremialismo chileno y también comisionado de la CENC junto con Silva Bascuñán, expone sus ideas sobre la persona humana, en lo que sería el antecedente más directo de la creación de la Constitución de 1980. Si bien sus argumentos no se alejan de lo ya mostrado anteriormente en este escrito, podemos decir con certeza que son parte de las ideas fundantes de los movimientos conservadores y de las interpretaciones constitucionales que llevaron a mantener la prohibición absoluta del aborto en Chile por casi 30 años, y que además fueron

---

<sup>26</sup> Ugarte, José J. “*El derecho a la vida y la Constitución*”, en *Revista chilena de Derecho*, vol. 33, 2006, pp. 509-527. PUC, Santiago de Chile.

<sup>27</sup> *Ibíd.*, pp. 519.

<sup>28</sup> *Ibíd.*, pp. 521.

<sup>29</sup> *Ibíd.*, pp. 522.

usados en el requerimiento por inconstitucionalidad<sup>30</sup> en contra de la ya aprobada ley N° 21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria en tres causales.

Es en las actas de la CENC donde Guzmán expone sus ideas sobre cuándo comienza la persona humana y desde cuándo ésta merece protección, estableciendo el derecho a la vida y la prohibición del aborto como una relación de consecuencia, donde la segunda es conclusión necesaria de la primera. El comisionado cree que “al consagrar el derecho a la vida fluye la necesidad de condenar el aborto... porque es garantizar la vida del niño que está por nacer”<sup>31</sup>, ya que bajo sus fundamentos “el aborto nunca es legítimo. Jamás. Considera que desde el momento en que el hijo, el niño, es concebido pasa a tener alma y pasa a ser un ser humano. La vida no empieza con el nacimiento, empieza con la concepción. Luego, en el aborto, se trata lisa y llanamente de un homicidio, y la privación de la vida de otro por voluntad humana no es admisible sino en los casos en que se aplica por autoridad competente la pena de muerte o se actúa en defensa propia, ya sea directamente o por prolongación, como ocurre en una guerra. No hay otros casos en que el asesinato o la privación de la vida a otro ser humano sea legítimo. En esas dos eventualidades que señaló no hay homicidio, sino privación a alguien de la vida. Pero en el caso del aborto se trata de un homicidio y, a su juicio, por trágica que sea la situación en que se vea envuelta la madre, le parece indiscutible, dentro de los principios morales que sustenta, que ella está obligada siempre a tener el hijo, en toda circunstancia, como parte, según lo expresaba el señor Silva Bascuñán, de la cruz que Dios puede colocar al ser humano. La madre debe tener el hijo, aunque éste salga anormal, aunque no lo haya deseado, aunque sea producto de una violación o, aunque de tenerlo, derive su muerte.”<sup>32</sup>.

Las ideas anteriores expuestas por Jaime Guzmán en la CENC fueron apoyadas por Silva Bascuñán y ampliamente rebatidas por los comisionados Jorge Ovalle, Enrique Evans y Enrique Ortúzar en la misma sesión y en sesiones posteriores. Lo fundamental de todo esto

---

<sup>30</sup> Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín N° 9895-11

<sup>31</sup> Actas Oficiales de la Comisión Constituyente (CENC), Tomo III, Sesión N° 87, pp. 119. Disponible en: [https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion\\_politica/Actas\\_comision\\_ortuzar/Tomo\\_III\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_III_Comision_Ortuzar.pdf). Última visita: 17/07/2018.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 121.

es entender la configuración del pensamiento constitucional conservador que se articuló desde los comienzos de la Carta Fundamental de 1980 y que fue trascendental al momento de interpretar de forma extrema la Constitución, cuestión que cristalizó en la dictación de la ley N° 18.826 de 1989 que mantuvo la prohibición absoluta del aborto hasta el año 2017. De esta forma y como hemos visto a lo largo de estas páginas, el pensamiento conservador se ha nutrido de diversos postulados que lo han mantenido en pie hasta nuestros días, concentrándose en grupos de poder ligados a la Iglesia Católica, donde la cohesión entre la dogmática eclesial y la posición constitucional conservadora que catalizaron estos autores en sus obras a lo largo de tres décadas, llevó a cabo una limitación de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres chilenas en materia de aborto, dejando en foja cero todo lo avanzado antes de la intromisión de la dictadura cívico-militar de 1973, derechos que tras la vuelta a la democracia demoraron aproximadamente 20 años en ser devueltos a sus titulares.

Para cerrar esta primera parte, debemos mencionar que los autores expuestos en las páginas anteriores no son los únicos que predicán este discurso. La elección que hicimos más arriba pretende exponer a los principales constitucionalistas que siguen esta postura, pero de ninguna forma pretende excluir a muchos otros<sup>33</sup> que también abogan por similares planteamientos, puesto que desafortunadamente, esta posición interpretativa de la Constitución, fue dominante e influyó en la formación de muchos académicos que actualmente se desempeñan a lo largo de las escuelas de Derecho de nuestro país. Es nuestra misión e intención, por lo tanto, dar un giro interpretativo e intentar adecuar nuestra impuesta Carta Fundamental a las condiciones sociales de un Chile muy distinto a aquel país que a través de un texto constitucional se trató de construir.

---

<sup>33</sup> Hernán Corral Talciani.

### C. La doctrina progresista

Continuando con nuestra exposición, seguiremos con la que hemos llamado como *doctrina progresista*. A diferencia de lo que ocurre con la *doctrina conservadora*, los autores que más adelante mencionaremos no abundan y tampoco han construido una doctrina sistemática en relación al concepto de persona y a sus implicancias en el *nasciturus*. Si bien los autores que propugnan estas ideas no provienen de escuelas de Derecho en común -como sí pudimos apreciar con los anteriores- y poseen líneas argumentativas con diversas fuentes, todos ellos llegan a un punto de convergencia: el no-nacido no es persona, por lo tanto no es sujeto de derecho.

Esta interpretación constitucional es fundamental para los propósitos hermenéuticos que desarrollaremos más adelante en relación al artículo 19, N°1, i2, CPR, como lo es también para quienes abogan por los derechos sexuales y reproductivos de la mujer en relación al establecimiento de leyes que permitan el aborto. Sin ir más allá, uno de los fundamentos del Tribunal Constitucional para declarar la constitucionalidad de la ley N° 21.030, consistió en desechar la hipótesis *conservadora*, otorgándole al *nasciturus* la calidad de bien jurídico susceptible de protección y desestimando su carácter de persona.

Como mencionamos anteriormente, no hay una doctrina articulada en base a este último planteamiento, sino más bien se trata de la erosión de la postura conservadora en intentos individuales y que provienen incluso de distintas áreas del Derecho. Para dar fe a esta situación y en razón de comenzar con esta parte de nuestro trabajo, comenzaremos por resumir la postura de Lucas Sierra<sup>34</sup>, quien plantea desde “que la vida intrauterina en nuestro Derecho no tiene el estatuto jurídico de persona”<sup>35</sup>, pues según su punto de vista, la consideración de persona otorgada por la doctrina -que nosotros hemos llamado como conservadora- al *nasciturus*, es parte de una distorsión doctrinal.

---

<sup>34</sup> Abogado, Universidad de Chile. Master en Derecho (LL.M.), Universidad de Yale, Estados Unidos. Doctor (Ph.D.) en Ciencias Sociales y Políticas, Universidad de Cambridge, Inglaterra.

<sup>35</sup> Sierra, Lucas. “*El nasciturus como persona: lectura incompleta, doctrina distorsionada.*” Revista Puntos de Referencia, edición online N° 462, julio 2017. Centro de Estudios Públicos. Disponible en: <https://www.cepchile.cl/el-nasciturus-como-persona-lectura-incompleta-doctrina-distorsionada/cep/2017-07-26/162938.html>. Última visita: 16/08/18.

Las reglas en las que se basa la interpretación de este autor que hemos denominado como *progresista*, “son, básicamente, los artículos 55, 56 y 74 del Código Civil, y los artículos 10 y 19 número 1º de la Constitución. Si se sostiene que la persona humana comienza con la concepción y no con el nacimiento, el sistema normativamente armónico que configuran estas y otras disposiciones entra en tensión consigo mismo, se distorsiona, pierde sentido.”<sup>36</sup>

Este autor parte de la base crítica de que en Chile hay autores y decisiones jurisdiccionales que sostienen que el nasciturus es persona. Todo ello se basaría en una lectura incompleta de lo dispuesto en el artículo 55 del Código Civil. Al hacer esto, además de distorsionar ese armónico entramado normativo, hacen pagar un alto precio a la democracia representativa, pues amarran las manos del legislador en una materia sobre la cual la Constitución ordena que dichas manos tengan relativa libertad.<sup>37</sup>

Esta es una doctrina distorsionada, insostenible a la luz de nuestro Derecho. La distorsión se inicia con la lectura del artículo 55 del Código Civil, que es incompleta, pues omite la segunda y última parte de dicho artículo, que es crucial para hacer un sentido sistemático de la legislación. Esta última agrega que las personas humanas definidas en la primera parte del artículo, se dividen en “chilenos y extranjeros.” Es decir, la amplitud con que las personas parecen ser definidas en la primera parte, no es tanta si se lee la disposición completa. Completa dice que son personas los individuos de la especie humana que sean chilenos o extranjeros. La definición está calificada por la nacionalidad. Y el siguiente artículo del Código Civil, el 56, muestra el camino para entender esta calificación: “Son chilenos los que la Constitución del Estado declara tales. Los demás son extranjeros”. Aquí se forma, entonces, un entramado legislativo-constitucional que es perfectamente armónico si se considera el artículo 55 completo, en relación con el artículo 56 que remite al intérprete a la Constitución. La forma en que la Constitución trata el punto nos servirá... para demostrar que la doctrina *conservadora*... es jurídicamente a los ojos de este autor, distorsionada.<sup>38</sup>

Los artículos del Código Civil recién citados remiten a las disposiciones constitucionales sobre la nacionalidad. ¿Qué dice la Constitución vigente sobre ella?

---

<sup>36</sup> Op. Cit. Sierra. Pp. 1

<sup>37</sup> *Ibidem*. Sierra. Pp. 2.

<sup>38</sup> *Ibidem*. Sierra. Pp. 3.

*Artículo 10:*

*Son chilenos:*

*1°.- Los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena;*

*2°.- Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero. Con todo, se requerirá que alguno de sus ascendientes en línea recta de primer o segundo grado, haya adquirido la nacionalidad chilena en virtud de lo establecido en los números 1°, 3° ó 4°;*

*3°.- Los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley, y*

*4°.- Los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley.*

*La ley reglamentará los procedimientos de opción por la nacionalidad chilena; de otorgamiento, negativa y cancelación de las cartas de nacionalización, y la formación de un registro de todos estos actos.*

Esta es una regulación que se remonta largo tiempo en la historia constitucional de Chile, presente en tanto en la Constitución de 1833 y de 1925 con similares características. Como se ve, la regulación que de la nacionalidad han hecho estas tres constituciones consecutivas a lo largo de los siglos es prácticamente igual: tienen la nacionalidad chilena, es decir son chilenas y chilenos, los nacidos en el territorio de Chile o los nacidos en el territorio extranjero bajo ciertas condiciones. En cualquiera de estas hipótesis, el hecho del nacimiento es esencial. No hay nacionalidad sin nacimiento.<sup>39</sup>

En ese sentido, es difícil pensar que el Código Civil haya contemplado un estatuto jurídico de semejante entidad como el de persona para la criatura que se encuentra en el vientre de su madre, sin que Andrés Bello hubiera dejado una nota o explicación de algo tan grande y simbólico como esto, en el Mensaje con el que el proyecto de Código fue presentado al Congreso o en otra parte. No hay, sin embargo, nota alguna al respecto.

---

<sup>39</sup> Op. Cit. Sierra. Pp. 4



No la hay porque no es necesaria a la luz del artículo 55 del Código Civil completo, con la referencia que hace a la nacionalidad y, con ella, al hecho del nacimiento. Y esta referencia al nacimiento permite conectar en armonía, fluidamente, sin necesidad de excesos argumentativos, lo dispuesto en los artículos 55 y 74. Las personas del artículo 74 son las mismas del artículo 55, comparten una sola existencia, pues, como se dividen en chilenos y extranjeros, todas tienen existencia legal a partir del nacimiento.

Al discutir sobre el estatuto jurídico de persona, por tanto, hay que leer el artículo 55 completo. De lo contrario, si se lee sólo la primera parte, se distorsiona el discernimiento de un conjunto de disposiciones.

Si se considera el artículo 55 completo, la respuesta fluye del Derecho sin fricciones hermenéuticas: el que “está por nacer”, el “no nacido”, la “criatura que [la madre] tiene en su seno”, no es persona, porque no ha nacido. Pues, porque no ha nacido, le es inaplicable la distinción fundamental entre chilenos y extranjeros en que se dividen todas las personas. Pero el hecho de que el nasciturus carezca del estatuto de persona no significa que su existencia sea irrelevante para el Derecho. Por el contrario, el artículo 75 del Código Civil es una elocuente manifestación de la relevancia jurídica que tiene el nasciturus. También lo son otras disposiciones de este Código, algunas ya citadas aquí, otras no, como, por ejemplo, los artículos 77, 181, 243, 354, 356, 485 y 486.<sup>40</sup>

Otro de los autores que en este apartado pretendemos realzar es Rodolfo Figueroa García-Huidobro, quien también se plantea en contraposición a la doctrina que afirma que el ser humano es persona desde el momento de la concepción o fecundación. Esta es quizá la idea central de la postura mayoritaria, pues a partir de ella se desprende el estatuto jurídico y moral que se asocia al nasciturus. Esta postura se puede explicar por la orientación religiosa que suscriben los diversos autores (que ya hemos visto con amplitud) según la cual el ser humano recién concebido debe ser valorado de igual manera que el ser humano ya ha nacido. Dicho

---

<sup>40</sup> Op. Cit. Sierra. Pp. 6.

de otro modo: desde que existe un ser humano, su valoración moral debe ser la misma cualquier que sea su etapa de desarrollo.<sup>41</sup>

El autor redonda en que la postura anterior no concuerda con la valoración que subyace en el propio ordenamiento jurídico chileno. En efecto, distintas normas revelan claramente que la valoración del nasciturus es distinta de la del nacido. Eso explica que el Código Civil exija el nacimiento para conferir existencia legal; que la Constitución dé un tratamiento distinto al que está por nacer (en el artículo 19 N° 1 inciso 2°); que el Código Penal establezca para el aborto una pena inferior al infanticidio y al parricidio (y regule el aborto en una sección distinta de los delitos contra las personas), etc. Sobre este punto, Figueroa argumenta que si no existiera una diferencia de valoración y si, por ende, el fallo de la Suprema (sobre la píldora, de 2001) estuviere en lo correcto la diferencia de trato que la ley da al homicidio y al aborto sería inconstitucional por establecer una diferencia constitucionalmente prohibida.<sup>42</sup>

Por otra parte, desde el punto de vista de las normas jurídicas vigentes, el Código Civil claramente estipula que la existencia legal de la persona principia con el nacimiento. La doctrina mayoritaria no ha proporcionado razones atendibles de por qué habríamos de hacer caso omiso de esas reglas. Una autora<sup>84</sup> titula una sección de su libro “Inconveniencia de aplicar al no nacido el concepto de persona del Código Civil chileno”, pero en ella no proporciona razones constitucionales para apartarse de la definición legal, salvo claro la inconveniencia que esa definición legal implica para su postura personal sobre el tema.<sup>43</sup>

No hay en la Constitución ningún indicio de que la palabra persona se aplique al nasciturus. Si seguimos la metodología utilizada por la Corte de los EE.UU. en el caso Roe vs. Wade, constataremos que la palabra persona aparece en 63 oportunidades en diversas partes de la Constitución chilena, pero en ninguna de ellas se utiliza alguna fórmula lingüística que sugiera que ese concepto se aplica, además de los nacidos, a los no nacidos.<sup>44</sup>

Algunos representantes de la postura mayoritaria proporcionan extensas explicaciones de embriología para sostener que el recién concebido es una persona. Por lo pronto, esta

---

<sup>41</sup> FIGUEROA GARCIA-HUIDOBRO, Rodolfo. *Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto*. Rev. derecho (Valdivia) [online]. 2007, vol.20, n.2. P. 19

<sup>42</sup> *Ibidem*. P. 23

<sup>43</sup> *Ibidem*. P. 23

<sup>44</sup> *Ibidem*. P.24

estrategia es discutible, pues el asunto es constitucional, no biológico. No son los biólogos los que han de resolver temas constitucionales. Un ejemplo: no cabe duda que los nacidos son personas desde el punto de vista biológico, pero eso no significa que no se pueda terminar con sus vidas de manera justificada. Esto revela que la biología no tiene nada que hacer en este tema. En segundo lugar, los textos de embriología no suelen utilizar la palabra persona. Cuando se describen las diversas etapas del desarrollo desde el día 1 de la concepción, los textos de embriología no suelen apurarse –como hacen algunos comentaristas chilenos– en etiquetar a ese ser en desarrollo como una persona. Por otra parte, cuando la postura mayoritaria afirma que existe una persona desde el momento de la fecundación lo que supone es que desde ese momento existe un individuo pues, si no hay un individuo, no puede haber una persona. Pues bien, antes del día 14 contado desde la concepción no es posible hablar de un individuo. El ovocito fecundado puede tener diversos destinos: puede transformarse en una mola y no desarrollarse como individuo, puede dar lugar a varios individuos (por gemelación), puede dar lugar a un solo individuo, etc. Esto último se sabrá hacia el día 14.<sup>45</sup>

Una segunda idea central que este autor critica de la postura mayoritaria consiste en afirmar que el ser humano desde la concepción es sujeto de protección constitucional y titular del derecho a la vida. Esta segunda idea de la postura mayoritaria significa que el preembrión y un ser humano nacido gozan de la misma protección desde un punto de vista constitucional. Esta tesis se estructura a partir del supuesto de que el embrión fecundado constituye una persona. El fundamento que se indica para esta afirmación es el artículo 19 N° 1 inc. 2°. Pues bien, este fundamento es cuestionable por varias consideraciones. En primer lugar, esa norma constitucional no atribuye derechos o titularidad sino que establece un mandato de protección dirigido al legislador. Así lo señala expresamente: la ley protege (entiéndese: debe proteger) la vida del que está por nacer. Por lógica deóntica sabemos que de un deber de protección no se infieren derechos. Por ejemplo, una norma puede establecer el deber de proteger X (X puede ser un bosque nativo, el medio ambiente en general, una especie, etc.) pero de ahí no se sigue que X haya sido ungido como titular de derechos; eso significaría que los bosques serían titulares de derechos. Esto ha quedado claro en la jurisprudencia ...donde las Cortes reconocen deberes de protección sin que eso entrañe derechos para los protegidos.

---

<sup>45</sup> Op. Cit. Figueroa. P. 25

De igual manera, la Constitución ordena proteger la vida, no el derecho a la vida del nasciturus. Proteger la vida no implica proteger el derecho a la vida. Una ley puede prohibir cazar ciertas especies; al hacerlo protege su vida pero no su supuesto derecho a la vida. En el caso del nasciturus, esto ha sido explícito en sentencias colombianas, que distinguen su vida (que se protege), del derecho a la vida (que no posee).

Este autor recalca que la titularidad del derecho a la vida está expresamente asignada a la persona, como lo indica el artículo 19 en su encabezado en relación con el número 1 inciso. 1°. La sola existencia del inciso 2° demuestra que el que está por nacer no es titular de derechos. Y ya hemos visto que conforme el Código Civil, personas son aquellos seres humanos que han nacido y sobrevivido un momento siquiera al nacimiento. De igual manera cuando la Constitución ordena proporcionar protección al que está por nacer, no establece que esa protección deba comenzar con la concepción. De hecho, no indica cuando debe comenzar. En consecuencia, corresponde al legislador adoptar (o cambiar) una decisión al respecto. La doctrina mayoritaria supone que la protección debe comenzar con la fecundación pero no proporciona ningún argumento para interpretar el artículo 19 N° 1 inc. 2° en ese sentido.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> Op. Cit. Figueroa. P. 27.

#### D. Análisis de las distorsiones doctrinales de la corriente conservadora en torno a la extrapolación de normas del Código Civil a la Constitución de 1980

Como ya hemos visto, es a partir de la Constitución de 1980 y en base a la configuración e interpretación del artículo 19, especialmente su numeral uno, cuando los avances en materia de aborto comienzan a retroceder hasta el punto de su prohibición absoluta, cuestión consagrada con la Ley N°18.826 de 1989. Esta Ley modificó el artículo 119 del Código Sanitario expresando la imposibilidad de ejecutar cualquier acción cuyo fin sea provocar un aborto, dada la inconstitucionalidad de la práctica del mismo, interpretada así por la moción legislativa del entonces Almirante y miembro de la dictadura José Toribio Merino. Lo anterior se basaba en una compleja y confusa conjugación normativa, donde la configuración del artículo 19, número 1, especialmente de su inciso segundo, confeccionado en base a la extrapolación de la primera oración del artículo 75 del Código Civil, en conjunto con el nacimiento de una doctrina constitucional conservadora, dieron pie a una distorsión legislativa sin precedentes en este ámbito, lo que se tradujo en casi 30 años de prohibición absoluta del aborto en Chile, que fue levantada posteriormente con la ley N° 21.030 o más conocida como ley de aborto en tres causales.

Lo esencial de este último período configurado a partir de la Constitución de 1980, que se dio en base a la inclusión de una norma particular relativa a la Ley Civil y su extrapolación al ámbito Constitucional, fue la generación de dos grandes distorsiones doctrinales.

La primera de ellas se configura por la errónea interpretación de la siguiente frase del artículo 75 del Código Civil: “La ley protege la vida del que está por nacer”. La idea fundamental que se constituyó a partir de esta frase tomó cuerpo en la comprensión de que al nasciturus En las fuentes inspiradoras del Código Civil y en especial en las de este precepto -artículo 75- , se encuentran fuentes tan diversas que van desde las Siete Partidas hasta el Digesto . De los elementos utilizado por Bello para la construcción de esta norma y del entendimiento que en base a una interpretación coherente con los demás artículos del título y del mismo código podríamos obtener, no sería susceptible configurar una comprensión de la protección “del que está por nacer” desde el momento de la concepción. Esta distorsión interpretativa trasladada al artículo 19, N1, inciso 2, de la Constitución, fue considerada por diversos

autores como punto de partida para la creación legislativa relativa a la protección del no nacido. Fue así como a partir de esta interpretación se configuró además una práctica jurídica que motivó sentencias de diversos tribunales, donde el entendimiento de la protección del no nacido desde que éste es concebido marcó la tónica argumentativa de estos órganos.

La segunda de ellas se relaciona con el artículo 74: La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

Este artículo es entendido en concordancia con la distorsión anterior, en el sentido de que la persona comienza con la concepción, pero se separa la existencia natural de una existencia legal, sin perjuicio de la protección que el legislador le habría dado al nasciturus por la consideración de la distorsión del artículo 75 del Código de Bello.

Estas dos importantes distorsiones marcan la pauta en relación a la configuración de la dialéctica legislativa e interpretativa jurídica de nuestro ordenamiento, anterior a la ley N°21-030.

## **CAPITULO II: ANALISIS DE LOS FALLOS RELEVANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE INTERRUPCION DEL EMBARAZO Y EL CONCEPTO DE PERSONA Y SU INICIO**

### **A. Aspectos elementales de la justicia constitucional chilena**

El primer Tribunal Constitucional establecido en Chile, en 1970, lo integraban cinco miembros, tres elegidos por el presidente, con acuerdo del Senado, y dos por la Corte Suprema. Por su parte, la Constitución de 1980, en su texto original, prevé un mecanismo de integración mixto: a) tres ministros de la Corte Suprema; b) dos abogados designados por el Consejo de Seguridad; c) un abogado designado por el Senado; y d) un abogado designado por el presidente.

Como se sabe, en el derecho comparado europeo se observan fórmulas disímiles. Así, en Alemania, el Tribunal Constitucional está integrado por jueces federales y otros miembros, elegidos por mitades por la Dieta Federal y por el Consejo Federal (total dieciséis). Por su lado, en España lo componen doce magistrados nombrados por el rey: a) cuatro a propuesta del Congreso; b) cuatro a propuesta del Senado; c) dos a propuesta del gobierno, y d) dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. El Concejo Constitucional francés está formado por nueve miembros: tres por el presidente de la República, tres por el presidente del Senado y tres por el presidente de la Asamblea Nacional. Por su lado, en Italia, el Tribunal lo integran quince miembros: cinco designados por el presidente de la República, cinco por el Parlamento y cinco por las supremas magistraturas ordinarias y administrativas. Finalmente, en Hispanoamérica también existen tribunales constitucionales: en Perú (siete miembros), Bolivia (cinco ministros), Colombia (nueve) y Ecuador (nueve).<sup>47</sup>

El Tribunal Constitucional, como consecuencia de la reforma de 2005, está integrado por diez miembros: tres designados por el presidente, dos por el Senado (libremente), dos por el Senado (previa proposición de la Cámara) y tres por la Corte Suprema. Lo primero que llama la atención es la circunstancia de que se trate de un número par de integrantes, algo inusual

---

<sup>47</sup> NAVARRO BELTRÁN, Enrique. *La justicia constitucional chilena después de la reforma de 2005*. Ciudad de México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, año 2007. P. 4

para un tribunal, lo que encuentra su fundamento en la posición sustentada por la Cámara de Diputados durante el proceso de reforma.<sup>48</sup>

Uno de los aspectos competenciales principales que no interesa para los efectos de este trabajo, es el Monopolio del control de la constitucionalidad de las leyes. La reforma le otorgó al Tribunal Constitucional la totalidad del control de la constitucionalidad de las leyes, tanto a priori —que lo tenía desde 1980— como a posteriori —que se radicaba en la Corte Suprema—. En este último caso se establecen dos instituciones: la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad.

#### A. Acción de inaplicabilidad

La reforma constitucional de 2005 faculta al Tribunal Constitucional para resolver por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal, cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial resulte contraria a la Constitución. De este modo, los requisitos de procedencia son los siguientes:

a) Debe tratarse de un precepto legal; b) Que exista una gestión pendiente ante otro tribunal ordinario o especial; c) Que la aplicación del precepto resulte decisivo en la resolución de un asunto; d) Que la ley contraríe la Constitución en su aplicación.

#### B. Control Preventivo

El Tribunal también controla, en forma preventiva y facultativa, los proyectos de reforma constitucional y los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso. Asimismo, ejerce control preventivo y posterior de normas propias de la potestad reglamentaria (decretos y resoluciones). Finalmente resuelve cuestiones de constitucionalidad relativas a autos acordados emanados de los Tribunales Superiores de Justicia (Corte Suprema y Cortes de Apelaciones) y del Tribunal Calificador de Elecciones.

Cabe destacar que es en uso de sus facultades preventivas, que el Tribunal Constitucional ha otorgado los dos fallos más importantes en materia de interrupción del embarazo en nuestro país, estos son:

---

<sup>48</sup> Op. Cit. Navarro. P. 5.



i) Fallo Causa Rol 740-07 caratulados “Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N°48 de 2007 del Ministerio de Salud”, o más conocido como el caso de la píldora del día después; y ii) Fallo Causa Rol 3729 caratulados “Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de Ley que regula la despenalización del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín N°9895-11”, los que pasaremos someramente a analizar a continuación.

**B. Fallo Causa Rol 740-07 caratulados “Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N°48 de 2007 del Ministerio de Salud.”**

El día cinco de marzo de dos mil siete, treinta y seis Diputados en ejercicio y que representan más de la cuarta parte de la Honorable Cámara de Diputados, formularon un requerimiento ante el Tribunal Constitucional para que declarara la inconstitucionalidad de "todo o parte " del Decreto Supremo Reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial, en su edición del día tres de febrero del año dos mil siete, que aprueba las "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad". Quince días después, el veinte de marzo de dos mil siete, el tribunal no admitió a tramitación el requerimiento por considerar que éste "carece de la claridad y precisión suficientes para que el Tribunal pueda entrar a conocer del asunto".<sup>49</sup>

El día 24 de marzo de 2007, el grupo de diputados presenta un nuevo requerimiento, más específico, que solicita en concreto al Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad del Decreto Supremo Reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial en su edición del día tres de febrero del año dos mil siete, que aprobó las "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad"; en 3 puntos específicos: a) Sección C: Tecnología Anticonceptiva": Punto 3.3. "Anticoncepción hormonal de emergencia" Párrafo 4 "Anticoncepción no hormonal", Punto 4.1.1. "Dispositivos intrauterinos" b) Sección D: Anticoncepción en Población Específica" en cuanto la norma que regula "la consejería a adolescentes que se da en el marco de la confidencialidad, esto es, sin el consentimiento ni conocimiento de los padres", lo cual, a juicio de los peticionarios, sería contrario a lo dispuesto en el inciso tercero del N° 10 del artículo 19 de la Carta Fundamental que vulnera el derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos, reconocido en la norma constitucional citada en el numeral 2 precedente.

En resumen, considerando la bibliografía expuesta si se administra LNG 48 h después de una relación sexual no protegida, que ocurrió 12 horas antes de la ovulación, y una segunda dosis

---

<sup>49</sup> GARTE P, M. FRANCISCA. (2008). La Pildora del día después y el Fallo del Tribunal Constitucional. Revista chilena de pediatría, P. 23

12 horas después, podemos esperar que: se ovulará normalmente (36 h antes de recibir LNG), los espermios capacitados alcanzarán el tercio distal de la trompa alrededor de las 6 horas de la RS, se producirá la fusión del óvulo con el espermio (concepción), originándose un cigoto. Este iniciará el viaje por la trompa hacia el endometrio e iniciarán las sucesivas divisiones celulares sucesivas, sin embargo el transporte tubario estará posiblemente disminuido (impidiendo que este llegue en etapa de blasto-cisto a la cavidad endometrial), el líquido endometrial será alcalino (con la posible desvitalización del embrión) y encontrará un líquido uterino desfavorable con disminución de proteínas de adherencia y disminución de proteínas de protección inmunológica que requiere el embrión. Si el embrión ha logrado sobrevivir a todo lo anterior, las alteraciones del cuerpo lúteo hacen menos probable una progresión normal del embarazo.

#### *Consideraciones del voto de mayoría*

Las principales consideraciones del voto de mayoría pueden resumirse en los siguientes 9 puntos principales:

1. El derecho a la vida queda asegurado en el Art. 19 N° 1 de la Constitución -en consonancia con el Art. 3o de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Art. 1o de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el Art. 4o de la Convención Americana de Derechos Humanos -asegura a toda persona, incluyendo al nasciturus- el derecho a mantener la vida y a conservarla frente a los demás hombres.
2. La protección constitucional de la persona a partir del momento de la concepción en Chile se vio plenamente reafirmada al discutirse la reforma al artículo 1o, inciso primero, de la Carta Fundamental, que cambió la expresión "hombres" por "personas" y que se concretó a través de la Ley N° 19.611, 128 publicada en el Diario Oficial de 16 de junio de 1999. Durante el segundo trámite de esa reforma constitucional, verificado en el Senado, se aprobó dejar constancia que: El nasciturus, desde la concepción, es persona en el sentido constitucional del término, y por ende es titular del derecho a la vida".<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Op. Cit. Garte, P. 31

3. Junto con asegurar el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, nuestra Carta Fundamental ordenó: "la ley protege la vida del que está por nacer".

4. Considerando que, la Constitución impone a los Órganos del Estado respetar y promover los derechos asegurados por la misma Carta Fundamental, así como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

5. Considerando que las posiciones de los médicos que han aportado antecedentes en esta causa, ya sea a favor o en contra de que la "pildora del día después" en su versión de progestina pura de 0,75 mg o en el método combinado o de Yuzpe, son equivalentes en cuanto ambas sustentan, con idéntico vigor y convicción, su particular punto de vista.

No obstante, existe un elemento que ajuicio de los sentenciadores neutraliza tal equivalencia y que tiene que ver con el efecto que ha de producirse de acogerse una u otra posición. Así, si se acoge la tesis de quienes sostienen que sólo existiría un ser humano y, por ende, una persona desde la implantación del embrión en el endometrio, impidiendo las píldoras del día después tal implantación, no habría atentado contra la vida de una "persona". Por el contrario, si se sigue la tesis de quienes sostienen -como además lo entendió nuestro propio Constituyente- que la vida comienza con la concepción, esto es por la unión del óvulo y del espermatozoide, un eventual efecto de las píldoras del día después que impidiese la implantación de un ser vivo -o de una persona- se transformaría en aborto del todo contrario a la protección constitucional de la vida del que está por nacer.

6. De lo expuesto, sólo es posible concluir que la existencia de una norma reglamentaria (Decreto Supremo N° 48) que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer y que la Constitución buscó cautelar especialmente, la vulnera porque la sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del nasciturus, obliga al juez constitucional a aplicar el principio "favor persona" o "favor nomine".

7. En consecuencia, el Tribunal debe concluir que el imperativo de proteger y promover el derecho a la vida, conduce a declarar inconstitucionales las Normas Nacionales sobre

Regulación de la fertilidad, que formar parte del D.S. N° 48, de 2007: (Acápites 3.3 de la Sección C, por derivación Sección D, Acápites 1).

8. Considerando que la referida declaración tiene efecto erga omnes, que se desprende del inciso tercero del artículo 94 de la Constitución: "El decreto supremo quedará sin efecto de pleno derecho, con el sólo mérito de la sentencia del Tribunal".

9. De lo expuesto anteriormente tanto los órganos del Estado, como toda persona, institución o grupo se encuentran en el imperativo de acatar la decisión del Tribunal Constitucional, por que ha ejercido la tarea que el propio constituyente le ha confiado velar por la supremacía sustantiva y formal de la Carta Fundamental.

Con el raciocinio anterior, el Tribunal Constitucional resolvió acoger el requerimiento únicamente en cuanto se declara que la Sección C, acápite 3.3 "Anticoncepción Hormonal de Emergencia", así como la Sección D., "Anticoncepción en Poblaciones Específicas", v Acápites 1. sólo en la parte que se refiere a la "anticoncepción de emergencia", del D.S. N° 48, de 2007, son inconstitucionales.

Lo que hace, en consecuencia el Tribunal Constitucional, es declarar inconstitucional, en las partes descritas, el Decreto Supremo N° 48, de 2007, en cuanto ordena aconsejar y distribuir la Píldora del Día Después en sus versiones pura o combinada, prohibiendo su distribución, en tanto puede comprometer el derecho a la vida del embrión en sus primeras etapas de desarrollo, la que es reconocida constitucionalmente.

#### *Consideraciones del voto de disidencia*

El voto de minoría se resume en los siguientes puntos:

1. El no reconocimiento de los derechos constitucionales del embrión considerando que el Código Civil, en su Libro I, se refiere a las personas y las clasifica en naturales y jurídicas; que el Título II, define a las personas naturales en su artículo 55, como todo individuo de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición, disponiendo en su artículo 74 que "la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre."

2. Considerar que el aborto referido y sancionado en los artículos 119 del Código Sanitario y el artículo 342 y siguientes del Código Penal, no especifican el momento a partir del cual se comete el delito de aborto, y que ajuicio de los disidentes, sólo corresponde a la interrupción de un embarazo consolidado (desde la anidación) e incluso (para alguno de los magistrados) desde su viabilidad.

3. Considerar que el conflicto sometido a la resolución de esta Magistratura no se encuentra regulado por el sistema jurídico, siendo un tema que se desarrolla dentro del marco de la libertad de conciencia y de creencias, no se estaría en presencia de un conflicto de intereses de relevancia jurídica constitucional.

4. Que al considerar el eventual conflicto entre un interés constitucionalmente protegido y otros derechos fundamentales, como los de orden reproductivo y sexual, debe señalarse que la Carta Fundamental no prohíbe el aborto, que los mencionados derechos reproductivos tienen reconocimiento constitucional y, por último, que el interés preponderante -si existiere un conflicto de valores de relevancia constitucional- recae en los derechos fundamentales de la mujer.

5. Ajuicio de los disidentes, "no es cuestión demostrada en este juicio la cualidad abortiva del fármaco aludido ni tampoco que su utilización pudiera provocar, en grado de certeza, un peligro de la vida del que está por nacer".

6. Ajuicio de los disidentes no se ha presentado evidencia para afirmar una duda razonable de que los métodos y fármacos que el Decreto Supremo 48 del Ministerio de Salud de 2007 ordena aconsejar y distribuir, sean capaces de interrumpir la vida de un embrión humano. Por tanto, no se puede acoger este requerimiento y, por ende, estos disidentes concluyen que no hay razones para declararlo inconstitucional y que el requerimiento debe rechazarse en todas sus partes.

Es decir, los votos de disidencia consideran que el embrión no es sujeto de derecho y que no hay evidencia certera de que la pildora del día después actúe dañando al embrión.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Op. Cit. Garte, P. 10.

C. Fallo Causa Rol 3729 caratulados “Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de Ley que regula la despenalización del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín N°9895-11”.

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

A su turno, con fecha 8 de agosto de 2017, las señoras y señores Diputados de la República Ramón Barros Montero, German Becker Alvear, Jaime Bellolio Avaria, Bernardo Berger Fett, Juan Antonio Coloma Álamos, José Manuel Edwards Silva, Gonzalo Fuenzalida Figueroa, Sergio Gahona Mazar, Gustavo Hasbún Selume, Javier Hernández Hernández, María José Hoffman Opazo, José Antonio Kast Rist, Javier Macaya Danús, Patricio Melero Abaroa, Andrea Molina Oliva, Cristian Monckeberg Bruner, Nicolás Monckeberg Díaz, Celso Morales Muñoz, Claudio Nogueira Fernández, Iván Norambuena Farías, Paulina Nuñez Urrutia, Diego Paulsen Kejr, Leopoldo Pérez Lahsen, Jorge Rathgeb Schifferli, David Sandoval Plaza, Alejandro Santana Tirachini, Ernesto Silva Méndez, Arturo Squella Ovalle Renzo Trisotti Martínez, Marisol Turres Figueroa, Jorse Ulloa Aguillón, Ignacio Urrutia Bonilla, Osvaldo Urrutia Soto, Enrique Van Risselbergue Herrea, Germán Verdugo Soto y Felipe Ward Edwards que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados, dedujeron también ante el Tribunal Constitucional, conforme al artículo 93, inciso primero, N° 3°, de la Constitución Política, un requerimiento de inconstitucionalidad respecto de las normas que indican del proyecto de ley que “regula la

despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”, correspondiente al Boletín N° 9895-11.

Sin perjuicio de los debates políticos que caracterizan este tipo de coyunturas, el verdadero debate jurídico sobre la interrupción del embarazo giró directa y esencialmente en torno al estatuto jurídico constitucional del no nacido y al límite del deber extrapenal de la mujer de mantener el embarazo. Adicionalmente, y de manera relevante, se desarrolló un intenso debate en torno al sistema de protección de derechos humanos, su estructura normativa, sus fuentes y límites.<sup>52</sup>

La discusión de mayorías de relevancia política en el Congreso —más allá de los discursos y propuestas de grupos de presión—, se centraron esencialmente en dos polos de discusión en torno al proyecto de ley. El primero, relativo al estatuto jurídico del no nacido y, el segundo, en torno al alcance de los deberes que aquello implica para el Estado y los deberes de la mujer en virtud del mismo mandato constitucional de protección. Las posiciones políticas que se vieron enfrentadas coinciden, en gran parte, con las tesis jurídicas que luego se vieron enfrentadas en el Tribunal Constitucional. Esto es: por una parte, quienes sostenían que el estatuto de persona dependía de una decisión meramente convencional, para recalcar que no dependía de la naturaleza humana o su adscripción a una especie en particular, sino de las concesiones recíprocas de los hombres en una determinada sociedad. Aquello supone una absoluta libertad de negociación por parte de quienes ejercen el poder temporal para definir estatutos diferenciados entre los seres humanos, lo que estaría cristalizado en la Constitución Política. Para esta opción la interrupción del embarazo podía ser consecuencia de 1) reconocer una priorización de intereses relevantes de la mujer embarazada por sobre la vida de su hijo, en tanto este último, por no ser un sujeto de derechos humanos, estaría sujeto a ponderaciones o 2) independiente del estatuto del no nacido, lo claro es que los deberes de la madre durante el embarazo no pueden ser entendidos como absolutos o ilimitados, y deberían ceder frente a ciertas hipótesis en que su mantención podría ser exagerada, desproporcionada o supererogatoria. Probablemente

---

<sup>52</sup> PALOMINOS, Gonzalo. *Sobre la despenalización del aborto en tres causales y la paradoja constitucional: Comentario sentencia Tribunal Constitucional rol n° 3729-17*. Santiago de Chile: Revista Jurídica Digital de la Universidad de Los Andes, año 2018 (1). P.2



esta última versión, junto con la idea de tratarse de una mera despenalización o un espacio libre de la valoración estatal que radica en la madre, la decisión de seguir o no con su embarazo, fue la que concitó mayor apoyo político entre los parlamentarios ya que, si bien posibilitaba la aprobación del proyecto del gobierno en su esencialidad, no suponía un cambio de estatuto constitucional del no nacido.<sup>53</sup>

La discusión de mayorías de relevancia política en el Congreso —más allá de los discursos y propuestas de grupos de presión—, se centraron esencialmente en dos polos de discusión en torno al proyecto de ley. El primero, relativo al estatuto jurídico del no nacido y, el segundo, en torno al alcance de los deberes que aquello implica para el Estado y los deberes de la mujer en virtud del mismo mandato constitucional de protección. Las posiciones políticas que se vieron enfrentadas coinciden, en gran parte, con las tesis jurídicas que luego se vieron enfrentadas en el Tribunal Constitucional. Esto es: por una parte, quienes sostenían que el estatuto de persona dependía de una decisión meramente convencional, para recalcar que no dependía de la naturaleza humana o su adscripción a una especie en particular, sino de las concesiones recíprocas de los hombres en una determinada sociedad<sup>1</sup>. Aquello supone una absoluta libertad de negociación por parte de quienes ejercen el poder temporal para definir estatutos diferenciados entre los seres humanos, lo que estaría cristalizado en la Constitución Política. Para esta opción la interrupción del embarazo podía ser consecuencia de 1) reconocer una priorización de intereses relevantes de la mujer embarazada por sobre la vida de su hijo, en tanto este último, por no ser un sujeto de derechos humanos, estaría sujeto a ponderaciones o 2) independiente del estatuto del no nacido, lo claro es que los deberes de la madre durante el embarazo no pueden ser entendidos como absolutos o ilimitados, y deberían ceder frente a ciertas hipótesis en que su mantención podría ser exagerada, desproporcionada o supererogatoria.<sup>54</sup>

Probablemente esta última versión, junto con la idea de tratarse de una mera despenalización o un espacio libre de la valoración estatal que radica en la madre, la decisión de seguir o no con su embarazo, fue la que concitó mayor apoyo político entre los parlamentarios ya que, si

---

<sup>53</sup> Op. Cit. Palominos. P. 3.

<sup>54</sup> *Ibidem*. P.4.

bien posibilitaba la aprobación del proyecto del gobierno en su esencialidad, no suponía un cambio de estatuto constitucional del no nacido.<sup>55</sup>

La declaración de constitucionalidad del proyecto de ley se deja sostener, como ya se ha adelantado, en la declaración del estatuto del no nacido como mero “objeto de protección” (bien jurídico), tesis que define la forma de proceder frente a las colisiones entre este y los intereses de las personas propiamente tales; define la naturaleza de la protección (no como un derecho subjetivo humano) y los límites de la protección estatal al no nacido (concepto de protección). Esta tesis es desarrollada en la sentencia tanto en el considerando cuadragésimo (respecto a los elementos guía), como en el análisis del art. 19 N°1 en el título VIII (considerando cuadragésimotercero a sexagesimoprimer; p. 82) y el análisis del concepto persona en el título IX (considerando sexagesimosegundo a septuagesimonoveno).

El Título VIII que comprende los considerandos cuadragésimotercero y siguientes referidos al análisis del derecho a la vida, sorprendentemente, es desarrollado de manera previa al análisis del concepto de persona, aun cuando la lógica exigía lo contrario. Aquello se debe a que la sentencia renuncia a un análisis de fondo relativo al concepto “persona” —evitando un análisis metajurídico— y lo hace dependiente del análisis originalista/literal (gramatical-sistemático) del art. 19 de la Constitución que, a su vez, queda anclado en la valoración desarrollada en un régimen no democrático. La argumentación de este Título VIII se estructura sobre la base de responder los argumentos de ambos requerimientos, los que son reconstruidos, en el considerando cuadragésimotercero, de manera extremadamente simplista.<sup>56</sup>

Respecto a lo referido al deber de protección al que se refiere el art. 19 N°1 inc. 2°, el voto de mayoría sostiene (considerando cuadragésimoquinto y siguiente) que la Constitución marca una diferencia estructural entre los deberes del Estado relativos al nacido en comparación con lo establecido en el inciso segundo relativo “al que está por nacer”. Mientras respecto al primero “establece” —utiliza verbo sustancialmente distinto a “garantiza”— el derecho a la vida y a la integridad psíquica y física de la persona” [esto es, un derecho], al segundo solo lo reconoce como un interés constitucional mandando su

---

<sup>55</sup> *Ibíd.* P. 5.

<sup>56</sup> *Ibíd.* P. 12.

protección al legislador. El alcance de dicho mandato, sin embargo, es limitado o, al menos, mucho más limitado que aquello que otorgaría el estatus de “persona” y se expresa en el siguiente argumento: Análisis gramatical-sistemático: Luego de un análisis gramatical del concepto “proteger” y sus usos en la Constitución, se sostiene que estas disposiciones (que el concepto implica) “no han sido consideradas mandatos máximos y a todo evento”, así, “proteger” no implica exigencia de medidas de protecciones concretas (como las que provee excepcionalmente el derecho penal) ni impide el desarrollo de derechos que limitan el interés protegido (cuadragésimosexto).

Contenido: Proteger sería un deber activo que abarcaría cuidar, favorecer, defender [interferencia no perjudicial cotidiana; y medidas positivas de potenciamiento]

(cuadragésimoséptimo).

Límites: Esta protección exigiría del Estado no excederse en la protección imponiendo o estableciendo medidas —por ejemplo, deberes— que vayan “más allá de lo razonable y sacrifiquen el derecho de otros” y exigiría “no desproteger”, esto es, no implementar medidas indispensables para el resguardo de la vida. (cuadragésimoséptimo).

Conclusión: Ya que las medidas de protección pasan “inevitablemente” por la progenitora, la protección del que está por nacer debe pasar, en primer lugar, por protegerla, ya que debe contar con ella y, en segundo lugar, no otorga un título que permita perjudicarla. El legislador no podría instrumentalizarla (no puede ser considerada medio), por lo que no podría imponer su voluntad si aquello implica peligro para su vida ni imponer deberes “más allá de lo que a cualquier persona se le exige”. (cuadragésimoséptimo).

El análisis posterior del concepto de persona en el título IX en relación al análisis del “derecho a la vida” en el Título VIII —aun cuando la lógica indicaba lo opuesto— solo se explica si se le considera como un argumento accesorio, alternativo o dependiente del primero. Aquello da cuenta de la posición ideológica en que se ubica el voto de mayoría no solo en relación al aborto, sino esencialmente en relación al sistema de derechos humanos.

Frente a la controversia entre la tesis de la cámara de diputados y la defendida en los requerimientos de inconstitucionalidad sobre el estatuto del no nacido, el tribunal utiliza nuevamente criterios gramaticales y/o sistemático-gramaticales, esto es, análisis lingüísticos

de las palabras utilizadas en la configuración de las normas y de los conceptos utilizados por el constituyente para referirse al titular de derechos en los distintos numerales del art. 19, para extraer contenidos o límites. También utiliza un criterio sistemático normativo, aunque relativo solo a normas del Código Civil que regulan aspectos patrimoniales de la existencia legal, respecto de la cual también se desarrolla un análisis gramatical, omitiendo análisis a textos de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Lamentablemente estos análisis se ordenan de manera descontextualizada, lo que exige un esfuerzo de nuestra parte para sistematizar.<sup>57</sup>

Que, del análisis del Código Civil, en particular de los arts. 74 y ss., se extrae la idea de que el Código Civil solo le denomina persona a los nacidos, lo que significa que la existencia legal principia con el nacimiento (sexagésimotercero y cuarto). Un análisis similar se repite más abajo, en el considerando septuagesimoquinto, en torno a la expresión “individuo de la especie humana” del art. 55 del Código Civil y que pretende contestar al argumento de los requirentes sobre el valor jurídico constitucional de todos los individuos de la especie humana “sin distinción” y que justificaría su inclusión como titular de derecho humanos. El tribunal, sin embargo, interpreta la cláusula de no exclusión “cualquiera su edad, sexo, estirpe o condición”, extrañamente desde su capacidad para “excluir”, esto es, que la cualidad accesoria en la existencia de los seres humanos “edad”, no resulta ser un elemento de discriminación “solo” desde el nacimiento, aunque antes de aquel momento sí lo sea. Esta idea estaría respaldada porque el art. 76 señala que el momento de la concepción se calcula a partir del nacimiento.<sup>58</sup>

Por su parte, respecto al concepto persona en la Constitución, los considerandos sexagesimoquinto y siguientes plantean la idea de que este se construye también a partir del nacimiento (sexagesimoctavo). Aquella conclusión se extraería del análisis del art. 1, art. 19 y otros de la carta fundamental y que se refieren a sujetos que ejercen derechos después de nacidos. Aquello se vería cristalizado con toda su fuerza cuando el artículo primero —norma nuclear en la estructura normativa constitucional— declara que las personas “nacen” libres e iguales en dignidad y derechos, ya que ubica el momento del nacimiento como la instancia

---

<sup>57</sup> Op. Cit. Palominos. P. 19.

<sup>58</sup> Op. Cit. Palominos. P. 22.

que los seres humanos adquieren originaria y gratuitamente esa condición, sin que se necesite más (sexagesimonoveno).

El argumento histórico relativo a una interpretación formulada por el constituyente derivado durante la tramitación de la Ley N ° 19.611 que modificó el art. 1 de la carta fundamental en el sentido de reemplazar la expresión “los hombres” por “las personas”, y que dejó constancia de cubrir con dicha expresión a los no nacidos, fue también rechazada (septuagesimoprimer). Las razones radican nuevamente en un argumento gramatical: Antes y ahora la constitución utiliza el concepto “nacen”, no siendo legítimo al intérprete su extensión (septuagesimoprimer). Lo anterior es reforzado por un argumento totalmente improcedente, en tanto lo que se buscaba desarrollar era un argumento histórico-teleológico y no una interpretación legal (formalvinculante), y se señala que una interpretación de dichas características exigiría quorum especial (artículo 66) o ser objeto del control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional (artículo 93 N° 1) (septuagesimosegundo).

Uno de los argumentos de los requerimientos, el más importante, es aquel que se refiere a que nuestra carta fundamental acoge una idea de que los individuos de la especie humana por sus cualidades esenciales —sin distinciones accesorias como la edad, sexo, estirpe o condición como el nacimiento— debe ser reconocido como titular de derechos humanos o persona desde la concepción.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Op. Cit. Palominos. P. 29.

### **CAPITULO III: PROPUESTAS PARA EL DEBATE CONSTITUCIONAL EN FAVOR DE LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO DESDE LA NORMA FUNDAMENTAL**

#### **A. La chance de una Constitución en democracia.**

En las últimas décadas, se ha evidenciado una tendencia global a la desconfianza ciudadana en las instituciones tradicionales de la democracia representativa. En paralelo, la ciudadanía ha participado, con mayor o menor intensidad, en movilizaciones y formas de acción colectiva para hacer oír su voz, plantear sus demandas, y reivindicar una mayor capacidad de intervención en los asuntos públicos. En este contexto, los sistemas políticos han ido incorporando crecientemente un conjunto de mecanismos de democracia directa y deliberativa para canalizar la participación ciudadana en los procesos decisorios tanto a nivel nacional como local, para mejorar la eficacia y la legitimidad.<sup>60</sup>

Por otro lado, la participación ciudadana en los asuntos públicos es, conceptualmente, consustancial a la idea democrática. La intervención de los gobernados en el gobierno de su sociedad está presente en el lema “gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”. A su vez, para que exista un régimen estatal democrático se requiere de la existencia de una comunidad de ciudadanos como su contracara societal, en tanto son los ciudadanos la fuente de la autoridad invocada por el Estado y el gobierno. Enfocado desde la noción de ciudadanía, remite a pensar en el grado en que las personas están participando en una determinada sociedad, no sólo en cuanto a ‘ser parte’ de la sociedad sino también a ‘tomar parte’ en la vida colectiva de esa sociedad y, en particular, en las decisiones que ella adopta. Es decir, el componente activo de la participación (ciudadana) es integral a la condición de ciudadanía, e incluso puede decirse que es esencial. En este sentido, puede sostenerse que el ciudadano, antes que un mero titular de derechos conferidos y provistos por el Estado, es un sujeto que tiene la potestad de participar en los asuntos públicos, de la comunidad, y contribuir a satisfacer determinados objetivos comunes. Los mecanismos participativos son un instrumento significativo para ampliar y fortalecer la democracia no solamente porque

---

<sup>60</sup> La participación ciudadana en procesos constituyentes: experiencia comparada y la Convención Constitucional de Chile. Serie Estudios Nº 9-21, 13-12-2021 Compilado y editado por Mariano Ferrero y Víctor Soto. Pp. 6

promueven la influencia, directa o indirecta, en la definición de los asuntos públicos, sino también porque favorece la deliberación pública, la rendición de cuentas de los representantes, y la educación cívica. Desde diversas perspectivas, la incorporación de las formas participativas en los sistemas políticos puede ser vista como un complemento de la democracia representativa o como una transformación institucional que reequilibre los componentes participativos y representativos del sistema democrático. Los procesos constituyentes son momentos clave en la vida política de las sociedades en tanto implican redefinir el pacto social que funda su convivencia democrática a través de la elaboración de una Constitución. <sup>61</sup>

En el último tiempo se ha observado una tendencia creciente a nivel mundial a incorporar una participación ciudadana mucho más intensa que en épocas precedentes, cuando quedaba limitada -cuando ello ocurría- a un plebiscito ratificatorio final. Por el contrario, por muchas de las mismas razones que han impulsado los mecanismos participativos en la política normal, los estándares de inclusión y participación ciudadana se han tornado mucho más exigentes para la legitimidad de los procesos constituyentes contemporáneos tal como lo constatará el PNUD en un documentado estudio comparado, abriendo tiempos de “constitucionalismo participativo”.

---

<sup>61</sup> *Ibidem.* P. 7.

## B. La clave para la libre interrupción del embarazo a partir de la norma constitucional: alejarse del Código Civil.

Le usual teoría de que la Constitución se alza como la norma fundamental, y que en base a ella se configuran las demás normas del ordenamiento jurídico, en nuestro país se desvanece. La única norma fundamental escrita sin alguna influencia clave de una norma positiva nacional fue la de 1833. En ese sentido, independiente de su incipiente liberalismo, tuvo un rol transformador en relación a la fundamentación de una estructura jurídica nacional, pero no lo fue respecto a alejarse de las estructuras coloniales.

La gran norma fundamental que ha motivado desde su aparición gran parte de nuestro ordenamiento jurídico, es sin duda el Código Civil del gran Andrés Bello del año 1857. Este texto fue fundamental al momento de otorgar una nueva configuración a las relaciones civiles dos aspectos esenciales: la familia y el patrimonio.

En sin duda paradójico que la discusión en torno a la posibilidad de legislar sobre la interrupción del embarazo en pleno siglo XXI haya versado sobre consideraciones escritas en el siglo XIX en un contexto de producción jurídica totalmente diverso. Consecuente con ello, la extrapolación de determinadas normas a la Constitución de 1980 tornaron esta discusión de un manto de estabilidad que se justificaba y respaldaba en elementos de hegemonía y poder. Fue así como se le otorgó a Código Civil un carácter de dogma con una interpretación unívoca que justificaba una constitución extemporánea con las normas que le daban fundamento a determinados contenidos de la misma.

Debemos recordar en esta parte los artículos fundamentales de esta discusión:

*Artículo 74: La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.*



*Artículo 75: La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra.*

*Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.*

Del tenor literal de las normas anteriores, cabe preguntarnos si a partir de ellas podremos construir una sistemática que vaya acorde a los valores que la sociedad ha desarrollado en los albores de este siglo, o si más bien una nueva extrapolación de las mismas a una nueva norma fundamental generaría un anquilosamiento de las bases filosóficas y de las libertades individuales al siglo XIX.

La chance histórica que se tiene en estos momentos en el Chile actual, nos da la posibilidad de crear norma en función de la consideración verdadera de las fuentes materiales del Derecho que se reflejan en las demandas sociales relativas a la ampliación de las libertades individuales relativas a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y también de los demás cuerpos gestantes. Si bien el Código Civil es la primera real manifestación del liberalismo clásico en Chile, no debe cometerse el mismo “error” manifestado por la denominada “Comisión Ortúzar”, trayendo a colación ideas legales decimonónicas en lo que fue el anacronismo normativo más burdo de la Constitución de 1980 y que tuvo como consecuencia la proscripción del aborto por más de 27 años.

Como corolario de lo que hemos expuesto en este apartado, la mejor forma de reivindicar la verdadera libertad del individuo es re-considerando las bases fundamentales de nuestro espíritu jurídico, y saber distinguir y visualizar las consecuencias que la adopción de una idea normativa constitucional puede traer como interpretación, pero por sobre todo, como base para la creación de cuerpos legales y reglamentarios.

Alejarse del Código Civil en materias valóricas relativas a los principios que integrarán la nueva constitución se torna hoy en día un imperativo, pues la única manera de que las mujeres consigan la plena libertad en la disposición de sus vientres en función de aminorar la

influencia del estado sobre el cuerpo femenino, es derribar desde la raíz cualquier mención a la norma decimonónica de Bello.

## CONCLUSIÓN

El aborto y su idea de volver a legislar sobre él se toma cada cierto tiempo gran parte del debate público y privado en nuestro país. Frente a esto, son diversas las posturas que, desde la ciudadanía, los sectores políticos y el Derecho, configuran una discusión de larga data en cuanto a sus posibilidades y a sus vetos. Hoy, ad portas de la construcción democrática de la Nueva Constitución, se abre la posibilidad de que esos debates generen una ampliación de las libertades, y otorguen un mayor rango de autonomía a las mujeres y personas gestantes gestantes, respecto a los derechos que se ejercen sobre sus propios cuerpos.

El aborto en nuestro país, especialmente en términos legislativos, ha tenido idas y venidas en distintos períodos y bajo distintas constituciones . Es así como al alero de la Carta Fundamental de 1833, nace en 1874 el Código Penal, donde el aborto es tipificado como delito, consagrándose esencialmente dentro de los delitos contra la familia. Posteriormente, ya con la vigencia la Constitución de 1925, “en el año 1931, con la creación del Código Sanitario, mediante el Decreto con Fuerza de Ley N°226, se estableció que, por razones terapéuticas, se podía interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer, procedimientos que requerían de la opinión documentada de tres facultativos (Art. 226).” Lo anterior fue objeto de modificaciones y en el año 1967 bajo el gobierno de Frei Montalva en el marco de la Política de Planificación Familiar, entra en vigencia un nuevo Código Sanitario, que en lo relativo a la interrupción del embarazo estableció que “[s]ólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo, (artículo 119)” , exigiendo para su realización la opinión documentada de dos médicos cirujanos.

Es a partir de la Constitución de 1980 y en base a la configuración e interpretación del artículo 19, especialmente su numeral uno, cuando los avances en materia de aborto comienzan a retroceder hasta el punto de su prohibición absoluta, cuestión consagrada en la Ley N°18.826 de 1989. Esta Ley modificó el artículo 119 del Código Sanitario expresando la imposibilidad de ejecutar cualquier acción cuyo fin sea provocar un aborto, dada la inconstitucionalidad de la práctica del mismo, interpretada así por la moción legislativa del entonces Almirante y miembro de la dictadura José Toribio Merino. Lo anterior se basaba en una compleja y confusa conjugación normativa, donde la configuración del artículo 19, número 1, especialmente de su inciso segundo, confeccionado en base a la extrapolación de la primera

oración del artículo 75 del Código Civil, en conjunto con el nacimiento de una doctrina constitucional conservadora, dieron pie a una distorsión legislativa sin precedentes en este ámbito, lo que se tradujo en casi 30 años de prohibición absoluta del aborto en Chile, que fue levantada posteriormente con la ley N° 21.030 o más conocida como ley de aborto en tres causales.

Lo esencial de este último período establecido a partir de la Constitución de 1980, que se dio en base a la inclusión de una norma particular relativa a la Ley Civil y su extrapolación al ámbito Constitucional, fue la generación de dos grandes distorsiones doctrinales.

La primera de ellas dice relación con el entendimiento de que la protección del no nacido debe desarrollarse -al menos en términos de la prohibición del aborto- desde que éste es concebido. Tal distorsión se configura por la errónea interpretación de la siguiente frase: “La ley protege la vida del que está por nacer”. En las fuentes inspiradoras del Código Civil y en especial en las de este precepto -artículo 75- , se encuentran fuentes tan diversas que van desde las Siete Partidas hasta el Digesto . De los elementos utilizados por Bello para la construcción de esta norma y del entendimiento que en base a una interpretación coherente con los demás artículos del título y del mismo código podríamos obtener, no sería susceptible configurar una comprensión de la protección “del que está por nacer” desde el momento de la concepción. Esta distorsión interpretativa trasladada al artículo 19, N1, inciso 2, de la Constitución, lo consideramos como el axioma de la prohibición del aborto -hoy del aborto libre- en nuestro país.

La segunda distorsión doctrinal que por décadas predominó en esta misma materia se refiere a la calidad de persona otorgada al nasciturus. La doctrina constitucional conservadora en base a diversos argumentos que pretendían -y hasta el día de hoy pretenden- darle la noción de persona al no nacido para los efectos de los derechos que otorga el ordenamiento jurídico, especialmente el artículo 19, numeral 1, configuró un sujeto de derechos que carecía de las características mínimas requeridas por nuestro ordenamiento jurídico. Esto anterior se articula de la misma manera que la distorsión expuesta más arriba, donde una norma del Código Civil, específicamente el artículo 55, es el elemento que da pie a esta interpretación. Según esta definición, persona es cualquier individuo de la especie humana, por lo que un

no-nato entraría en esta categoría, ya que según las fuentes científico-biológicas y religiosas citadas por los autores conservadores, el concebido es ya un individuo humano.

Lo mencionado en el párrafo anterior se construye obviando la segunda parte del artículo 55 del Código Civil: divídanse -los individuos de la especie humana- en chilenos y extranjeros. Este apartado nos remite necesariamente a la Constitución y a las normas relativas a la nacionalidad, donde el nacimiento es cuestión elemental en esta situación. No puede haber chileno o extranjero si este no ha nacido, pues la nacionalidad al ser atributo de la personalidad requiere como hecho anterior e indispensable el nacimiento y la existencia legal de la persona relativa al artículo 74 del Código Civil. Esta tesis es elaborada por Lucas Sierra, y reinterpreta, según nuestra posición, un concepto de relevancia estructural en materia de prohibición del aborto.

El fallo del Tribunal Constitucional en base al requerimiento por inconstitucionalidad presentado en contra de la Ley N° 21.030, también reinterpreto las normativas disponibles en el mismo sentido, y se encargó de quitarle la categoría de persona al no nacido, contradiciendo incluso sus mismos fallos sobre la misma temática, como el relativo a la píldora del día después, demostrando que el Derecho no es una cuestión estática. Así, en la jurisprudencia de esta sede constitucional, en un lapso de 10 años, el no nacido pasó de ser persona a bien jurídico susceptible de protección, pero no sujeto de derechos como un nacido. Todo esto, junto con las posiciones doctrinales constitucionales no conservadoras o progresistas, terminó por derrumbar esta distorsión que tuvo alcances legislativos diversos.

Es importante poner en evidencia que las prohibiciones de la práctica del aborto en nuestro país, especialmente en el período de vigencia de la Constitución de 1980, fueron resultado de una posición político-jurídica hegemónica que configuró a partir la interpretación de normas del Código Civil y su posterior extrapolación a la Carta Fundamental, un entramado legislativo que protegía al no nacido desde la concepción y que incluso a partir de ese momento lo entendía como persona. Estos fundamentos, además, guiaron los fallos de diversos Tribunales Ordinarios, como también del propio Tribunal Constitucional en pos de la construcción de una protección distorsionada.

Ahora, que tenemos la oportunidad de escribir una Constitución bajo una democracia, debemos tener presente que la sociedad ha avanzado a un ritmo notable, especialmente en

materia de derechos sexuales y reproductivos de la mujer, cuestión que se ha visto plasmada y fomentada a partir del surgimiento de masivos movimientos feministas, en la suscripción de tratados internacionales, y por supuesto, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N°21.030. La importancia del proceso constitucional, es que nos brinda la oportunidad de incorporar cláusulas que otorguen a las mujeres una libertad plena sobre sus cuerpos, conforme a una sociedad moderna y acorde a una Latinoamérica que ha ido avanzando hacia la despenalización del aborto -como el caso reciente de Ecuador- y al aborto libre, conforme a lo ocurrido en 2020 en Argentina.

## BIBLIOGRAFIA

- BASSA, J. El Estado constitucional de Derecho: efectos sobre la constitución vigente y los derechos sociales. 2ª ed. Santiago de Chile: LegalPublishing., 2009. 220p.
- BASCUÑAN, A. Tratado de Derecho Constitucional. 2ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.,1997. 356p.
- BORDALI, A; ZUÑIGA, Y. Análisis del fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después. Anuario de Derechos Humanos, 5: 173-182, año 2009.
- CONTRERAS Caamaño, Miguel Ángel. *El nasciturus en la legislación chilena*. Trabajo de titulación para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago de Chile: Universidad Finis Terrae, Facultad de Derecho, 2017. 137 h.
- CEA EGAÑA, J. Derecho Constitucional Chileno. 2ª ed. Santiago de Chile: Ediciones UC., 2012.
- DE OTTO, I. Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes. 1ª ed. Barcelona: Editorial Ariel., 2012. 303p.
- DIDES, C; FERNÁNDEZ, C. Dossier sobre el aborto en Latinoamérica. Revista de Bioética y Derecho, 43: 61-76, año 2018.
- DOYHARCABAL, Solange. El derecho a la vida del nasciturus en la legislación chilena y comparada. Revista Chilena de Derecho, 21 (2): 307-319, año 1994.
- FIGUEROA, Rodolfo. Concepto de derecho a la vida. Ius Et Praxis, 14 (1): 261-300, año 2008.

- FIGUEROA, Rodolfo. Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XX (2): 95-130, diciembre año 2007.
- HENRIQUEZ, M. *Manual de estudio de Derecho Constitucional*. 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana.,2007. 479p.
- JIMENEZ LARRAIN, F; JIMENEZ LOOSLI, F. *Derecho Constitucional*. 1ª ed. Concepción: Ed. UCSC.,2014. 967p.
- LINARES, S. *Tratado de interpretación constitucional: principios, métodos y enfoque para la aplicación de las constituciones*. 1ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot., 1998. 876p.
- SILVA, A. *Tratado de Derecho Constitucional*. 2ª ed, Tomo XI. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile., 2006. 245p.
- UGARTE, M. La píldora del día después y el Fallo del Tribunal Constitucional. *Revista Chilena de Pediatría*, 79 (3): 243-248, año 2008.
- UGARTE, J. El derecho a la vida y la Constitución. *Revista Chilena de Derecho*, 33 (3): 509-527, año 2006.
- URZUA, G. *Manual de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile., 1996. 467p.
- VERDUGO, Sergio; GARCIA, José. El (mal) uso de la técnica originalista de interpretación. A propósito del caso de Luciano Cruz-Coke. *Revista de Derechos Fundamentales (UVM)*, 10: 137-156, año 2013.
- VERDUGO, M; PFEIFFER, E; NOGUEIRA, H. *Derecho Constitucional*. 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile., 1994. 334p.
- VIVANCO, A. *Curso de Derecho Constitucional: Bases conceptuales y doctrinarias del derecho constitucional*. 3ª ed. Santiago de Chile: Ediciones UC., 2017. 469p.



- VIVANCO, Ángela. El derecho a la vida y la discusión acerca del concepto de persona humana en el ámbito constitucional. *Revista Chilena de Derecho*, 28 (2): 467-480, año 2001.
- VIVANCO, Ángela. La píldora del día después. Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de enero de 2007. *Revista Chilena de Derecho*, 35 (3): 543-577, año 2008.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. Madrid: Ed. Civitas., 1985. 114p.

### **LEYES RELEVANTES**

- Ley N°18.826 de 15 de septiembre de 1989. Sustituye el artículo 119 del Código Sanitario.
- Decreto N°48, Ministerio de Salud, de 26 de enero de 2007. Aprueba texto que establece las normas nacionales sobre la regulación de la fertilidad.
- Ley N°21.030 de 23 de septiembre de 2017. Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

### **FALLOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE**

- Fallo Causa Rol 740-07 caratulados “Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud.”
- Fallo Causa Rol 3729-17 caratulados “Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín N° 9895-11.”

