

**LA LEY PROTEGE LA VIDA DEL QUE
ESTÁ POR NACER.**

Análisis de la doctrina y jurisprudencia.

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

NICOLÁS FERNÁNDEZ AYALA

Profesor Guía: Teodoro Ribera Neumann

Santiago de Chile 2005

INTRODUCCIÓN .	1
CAPÍTULO I. GÉNESIS DE LA DISCUSIÓN .	3
CAPÍTULO II. ANTECEDENTES BIOLÓGICOS FRENTE A LOS POSTULADOS DOCTRINALES .	7
CAPÍTULO III. RAZONES DE POLÍTICA LEGISLATIVA QUE EXIGEN LA PROTECCIÓN LEGAL .	11
3. 1. La concepción del Código Civil Chileno . .	11
3. 2. El giro conceptual acerca del objeto de protección en la Constitución de 1980 . .	13
3. 3. La protección al que está por nacer se hace efectiva. Historia de la ley 18.826 que modificó el Código Sanitario .	16
3. 4. El alcance de la reforma constitucional de 16 de junio de 1999 .	20
3. 5. La reapertura del debate en torno al derecho a la vida del que está por nacer. El recurso de protección por la comercialización de la píldora del día después. .	23
3. 5. 1. La respuesta de los requeridos .	24
CAPÍTULO IV. LAS POSICIONES DOCTRINALES . .	27
4. 1. Interpretaciones propuestas acerca del momento de adquisición de la personalidad .	27
4. 2. La interpretación del precepto constitucional que protege la vida del que está por nacer. . .	31
4. 3. La doctrina ante el <i>Levonorgestrel</i> .	36
CAPÍTULO V. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO A LA VIDA DEL QUE ESTÁ POR NACER. .	39
5.1. El caso Aida Monje con Isapre Promepart .	39
5.2. El caso Carabantes, Director del Servicio de Salud Metropolitano Occidente. . .	40
5.3. El caso Cornejo Ortíz . .	41
5.4. El caso Manquelipe Reinante .	42
5.5. El recurso de protección contra la píldora del día después en la Corte de Apelaciones de Santiago .	42
5. 5. 1. La apelación del recurso ante la Corte Suprema .	43
5. 6. Una nueva reclamación contra la píldora. .	46

5. 7. Resolución del 20º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago . . .	47
5. 8. Jurisprudencia Administrativa sobre el derecho a la vida del que está por nacer . . .	48
CAPÍTULO VI. JURISPRUDENCIA COMPARADA . . .	51
6. 1. Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica sobre el caso Roe versus Wade. 410 US 113 (1973) . . .	51
6. 2. La jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 23/81. Caso 2141 contra los Estados Unidos de América . . .	54
6. 3. La Sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional Español . . .	58
6. 4. Sentencia de la England and Wales High Court (Adiministrative Court) sobre el caso John Smeaton en representación de la Society for the Protection of Unborn Child contra the Secretary of State for Health. [2002] EWHC 610 (Admin) . . .	60
6. 5. Sentencia de la Corte Europea de Derecho Humanos sobre el caso Vo contra Francia. (Recurso 53924/00) . . .	63
CAPÍTULO VII. PRECISIONES CONCEPTUALES PREVIAS A LA CONCLUSIÓN . . .	67
CONCLUSIONES . . .	71
BIBLIOGRAFÍA . . .	93
Legislación y Antecedentes . . .	93
Jurisprudencia Nacional y Extranjera . . .	94
Doctrina . . .	95
Revistas y Artículos Electrónicos . . .	96
Artículos de Prensa . . .	103
Diario El Mercurio . . .	103
Diario La Nación . . .	104

INTRODUCCIÓN

La expansión de la ciencia reproductiva, ha generado una serie de cuestionamientos acerca de diversos términos que eran, comúnmente, empleados en las fórmulas jurídicas que regulan lo relativo al inicio de la vida humana y su protección. Es así como la medicina y la biología han puesto en tela de juicio ciertos axiomas sobre la adquisición de la cualidad humana o, en otras palabras, sencillamente no han llegado a conclusión cierta de cuándo comienza la vida humana. La necesaria interrogante, que con esto surge, es: ¿Cuál tipo de protección es la que dispensa nuestro Derecho al que está por nacer? y ¿en qué momento comienza, para el ordenamiento jurídico, la vida humana? Si lo último no es factible de ser respondido, ¿qué criterios son los aconsejables para dar solución al asunto? Cabe señalar que frente a lo anterior han surgido respuestas que recurren a las más variadas razones para sostener la existencia de un momento fundacional que le dé a un conjunto de células el hálito humano, siendo éste el punto de partida en que el ordenamiento jurídico deba asegurar con todos los medios a su alcance la protección de esta incipiente conformación humana.

El fallo que prohibió la fabricación, circulación y venta del fármaco *Postinal*, comúnmente conocido como “la píldora del día después”, reabrió la discusión acerca de si una mera conformación celular de genes humanos es una persona en sí misma o bien sólo en estadios más avanzados del proceso de gestación es posible referirse al *nasciturus* como una potencialidad, viable y concreta que requiere toda la protección del Derecho y, en el evento de requerir tal protección, se planteó la discusión acerca del rango que posee el derecho a la vida del que está por nacer dentro del ordenamiento jurídico y de los medios que se encuentran al alcance para cautelar este derecho.

En consecuencia, el siguiente trabajo no pretende responder las interrogantes abiertas de índole químico-biológica, a saber: establecer cuál es el momento fundacional de la vida humana, ni qué efectos son los que poseen los fármacos cuestionados, ya que estas materias sobrepasan por mucho el análisis de la ciencia jurídica, sino que tiene por objeto determinar el grado de protección que tiene la vida del que está por nacer en la legislación nacional y establecer la manera en cómo debería regularse en el futuro.

CAPÍTULO I. GÉNESIS DE LA DISCUSIÓN

La cuestión acerca de la protección que el Derecho debe dar al *nasciturus* es bastante antigua, pues ya en el Derecho Romano había instituciones que consagraban algún tipo de resguardo jurídico a este sujeto incierto¹. Estas, más que instituciones, eran máximas que se desarrollaban a través de la jurisprudencia y principalmente a través de los jurisprudenciosos. Sin lugar a dudas, la máxima que hasta el día de hoy perdura es la que considera al concebido en la misma calidad del nacido (“*conceptus pro iam nato habetur*”).

La utilización de esta máxima del derecho romano por muchos autores actuales, para fundamentar criterios doctrinales acerca de la situación del concebido, encierra una utilización muchas veces antojadiza, ya que, sin mayor desarrollo, son asumidas como juicios de autoridad solventes por sí mismos, tal cual lo hacían los comentaristas del *mos Italicus*.² Esto es tan así que, normalmente, es posible ver citada la máxima “*conceptus pro iam nato habetur*” sin mencionarla de modo completo, tal como aparece en el Digesto

¹ Sobre el tema véase María de los Ángeles Soza Ried. La vida humana incipiente en el Derecho Romano. Artículo contenido en la Semana Jurídica. www.lasemanajuridica/LaSemanaJuridica/843/article-7705.html.

² Ver Juan Manuel Blanch Nuogués. “El concebido en el Derecho civil alemán, español e iberoamericano: un problema conceptual y valorativo a la luz de la tradición jurídica”. Anuario de Derecho Civil. Tomo LIV, fascículo III. Julio-septiembre. 2001. Boletín Oficial del Estado. Madrid. Pág. 1146.

de Justiniano, con lo que la máxima cambia completamente de sentido y alcance, ya que la frase íntegra indica: *“conceptus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur”*; es decir, que sólo se le considera nacido en aquellos casos en que haya eventuales derechos que lo podrían favorecer una vez verificado el nacimiento, pudiéndose observar el grado de condicionalidad en que queda la situación de favor para el concebido.

Esta máxima, en su versión completa, resume el modo como casi todas las legislaciones civiles han abordado el tema del concebido. Junto con ésta, es posible encontrar otra serie de sentencias que apuntan hacia la misma dirección; *“Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intellegentur in rerum natura esse”*, la cual apunta a que quiénes están en el útero se les considera que existen en la realidad a los efectos de casi todo el derecho civil; *“conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur”*, la que estima que el concebido de algún modo existe en la realidad; o bien, la máxima de Gayo, que dice *“postumi pro iam natis habeantur”*, estableciendo que los póstumos se tienen por ya nacidos. Asimismo, encontramos una máxima de Paulo, la que establece *“Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur”*, señalando ésta que quién está en el útero es protegido como si estuviera entre los hombres, en cuanto se discute de las ventajas del propio feto.

Muchas de estas máximas elaboradas por el Derecho Romano han inspirado las legislaciones modernas y la doctrina, pero en muchas ocasiones su contenido se ha tergiversado para dar una argumentación acerca de una u otra postura respecto del tratamiento legal que merece el concebido. En este sentido, cabe señalar que, en la doctrina romanística, la expresión de estas máximas siempre se esgrimían en relación a problemas casuísticos concretos, los que en el fondo constituían la verdadera base argumentativa de éstos. La finalidad del método casuístico, que hizo famosa la jurisprudencia romana, no era la elaboración de máximas abstractas del todo, las que finalmente se constituyesen en reglas, sino que era la solución de casos. Es por eso que la correcta exégesis de los textos de los jurisconsultos romanos nunca debe entenderse como la exégesis de reglas que se sustentan por sí mismas, ya que esto sólo lograría tergiversar su sentido.³

Algo similar a lo ocurrido en las máximas romanas es factible de ser apreciado en el antiguo derecho español, específicamente, en Las Partidas de Alfonso X, las que recogen el derecho romano y, en cierta medida, se vieron influenciadas por el germanismo visigótico y el derecho canónico. La fórmula que emplearon Las Partidas fue la siguiente: *“Demientra que eftouiere la criatura en el vientre de fu madre, toda cofa que fe faga, o fe diga, a pro della aprouecharfe ende, bie afsi como fi fueffe nafcida; mas lo que fueffe dicho, o fecho a daño de fu perfona, o de fuf cofas non le empefce.”*⁴ Se disponía, de esta manera, que mientras estuviere la criatura en el vientre de la madre, toda cosa que se haga o diga a favor de ella (patrimonialmente, se entiende) le aprovechara como si estuviera nacida, pero aquello que se haga o se diga en contra de su persona o de sus

³ Ver Juan Manuel Blanch Nougues. Op cit. Pág. 1148.

⁴ Ley 3ª, título 23 de la Partida 4ª.

cosas no le empece. Es así, como en cuanto al posible daño que pudiese experimentar, Las Partidas entregan una protección más allá de lo meramente patrimonial. Este principio aparece aplicado, de forma concreta, en diversas leyes del mismo cuerpo legal: se castiga tanto a la madre como al tercero que provocase un aborto o la hiriese causando la muerte del concebido. Si bien la pena varía, según el estado de la criatura, podría llegar a pensarse como si fuese homicidio o bien con destierro por cinco años.⁵ El mismo principio se ve en la Ley 3ª, título 23 de la Partida 4ª, la que señala la prohibición de la aplicación de la pena de muerte a la mujer encinta, hasta que diese a luz.⁶

La cuestión, desde la expansión de la influencia romana, siempre generó algún grado de discordancia acerca del tratamiento jurídico que debía dársele a quien aún no ha nacido, principalmente, por el acomodo de las máximas a través de las que se esgrimían los argumentos. No obstante, siempre ha existido acuerdo en su relevancia jurídica y en el hecho de que deba existir algún grado de resguardo para sus potenciales intereses. Estos discordantes criterios fueron unificados por Savigny, quien comenzó con una verdadera teoría acerca de los derechos personalísimos del *nasciturus*⁷, zanjando, al menos de manera relativa, el tema. El jurista alemán, establecía que “la capacidad natural comienza en el instante en que el nacimiento completo se verifica; pero antes de él hay un tiempo bastante largo, durante el cual el infante ya vive, si bien no por sí, dependiente e íntimamente ligado a la existencia materna. ¿Cómo considera esta vida el derecho? ¿Cuáles son en tal materia los verdaderos principios que deben regirla? Muchos textos del derecho romano dicen terminantemente que durante la gestación el feto no es todavía una criatura humana, le falta existencia propia, debiéndosele considerar como formando parte de la madre, mientras otros, por el contrario, le asimilan al infante ya nacido. Esta última regla altamente considerada hace desaparecer toda contradicción. La primera expresa la realidad de las cosas en estado presente; la segunda, es una simple ficción que no puede aplicarse sino a cierto número de hechos especialmente determinados y en muy estrecho límite. Si, pues, presentando la cuestión en general, se pregunta cuál es la capacidad del no nacido aún, la solución es evidente: no tiene capacidad alguna, porque ni puede regir relaciones de propiedad, contraer deudas ni tener créditos, no es persona cuya representación sea necesaria o posible; no necesita tutor ni se le llama pupilo. La ficción, por el contrario, se ocupa de la vida futura del infante, y lo hace bajo un doble concepto. Le protege por sanción de las leyes y le marca los derechos posibles que vienen unidos al nacimiento y, de este modo, creada en su interés a él solo también aprovecha”.⁸

El tema del que está aún por nacer, sin duda, comenzó como una preocupación para salvar inconvenientes de índole patrimonial, en específico, de carácter sucesorio. Fue así

⁵ Ley 8ª, título 8 de la Partida 7ª.

⁶ Para un mayor entendimiento del tema ver Carmen Callejo Rodríguez. Aspectos civiles de la protección al concebido no nacido. Editorial McGraw-Hill. Madrid. 1997. Págs. 9 y siguientes.

⁷ Santos Cifuentes. Los Derechos Personalísimos. 1995. Editorial Astrea, Buenos Aires. Pág. 234.

⁸ Solución propuesta por Savigny citada en Juan Manuel Blanch Nougués. Op cit. Págs. 1160-1161.

como lo concibió el Derecho Romano y muy posteriormente el Derecho Francés, que en el Código Civil Napoleónico contenía normas al respecto, las que sirvieron de base para numerosos ordenamientos jurídicos, entre ellos, Chile.

CAPÍTULO II. ANTECEDENTES BIOLÓGICOS FRENTE A LOS POSTULADOS DOCTRINALES

La ciencia biológica ha estudiado desde larga data el tema de la reproducción humana, llegando en la última época a un consenso acerca de cómo se desarrolla este proceso, pero no así en cuanto a establecer cuál es el instante en que comienza la vida humana. Por tal motivo, más allá de las argumentaciones en uno u otro sentido, se entiende que, desde la fecundación, que para la biología es el fenómeno por el cual el espermatozoide del varón se une al ovocito de la mujer para dar origen a un nuevo organismo, el cigoto comienza una sucesión de etapas, la que culminará sin absoluta necesidad en el nacimiento⁹, el posterior desarrollo del individuo adulto y con su muerte.¹⁰

En el esquema a pie de página número 10 es posible observar, que la información estrictamente biológica se da sobre aspectos que no tiene mayor connotación jurídica, siendo quizás, el que mayor relevancia jurídica posea, aquel que postula que la fecundación es el punto de partida para la formación de un nuevo ser humano, ya que es

⁹ Estudios han concluido que sólo un porcentaje muy bajo de embriones llega finalmente a producir un embarazo clínico, ya que la probabilidad natural de concepción es de alrededor de un 38%. Sin embargo, la probabilidad de que esta concepción derive en un embarazo clínico es de sólo un 8%. Al respecto véase Fernando Zegers Hochschild. El mecanismo de acción del Levonorgestrel usado como anticonceptivo de emergencia. Documento preparado para el Centro de Estudios Públicos. Julio 2004. Pág. 7.

el más utilizado por la doctrina y por algunas legislaciones. Sin embargo, esto no es de gran ayuda al momento de querer obtener consecuencias jurídicas que permitan establecer el momento en el que debe comenzar la protección de este potencial miembro de nuestra comunidad.

A partir de las interrogantes que surgen cuando se cuenta con información de este tipo, específicamente aquellas que dicen relación con el comienzo de la vida humana, y con el hecho de saber cuando el embrión se transforma en una persona, es que la doctrina comparada revisa una serie de teorías sobre el momento en que comienza la vida humana; o bien, se está frente a una persona. Estas pueden resumirse del siguiente modo:

1. Teoría de la fecundación. Ésta parte de la identificación entre la vida humana y persona, y de la consideración del genoma como elemento básico e identificador del ser humano. Con estas premisas se considera que el embrión humano es “persona”¹¹ desde el momento de la fecundación, dado que, desde ese evento, reúne toda la información genética que conducirá, de no mediar alteraciones que interfieran el proceso, a la formación de un individuo adulto.

¹⁰ Dichas etapas pueden resumirse del siguiente modo: - Aproximadamente treinta horas después de la fecundación, el cigoto se divide en dos células, en cuatro células entre las cuarenta y cincuenta horas, y en ocho células en torno a las ochenta horas. Hasta este instante existe un revestimiento del embrión, que recubre todas las células y que recibe el nombre de membrana pelúcida, la cual se ira rompiendo en las fases sucesivas para permitir la implantación. - En torno al tercer día después de la fecundación, el cigoto toma la apariencia de una mora, por lo cual recibe le nombre de mórula, preparando su ingreso en el útero. - Durante el cuarto día, la mórula entra en la cavidad uterina, el embrión pasa a denominarse blastocito. Hacia el término de la primera semana de desarrollo el cigoto humano ha pasado por las etapas de mórula y blastocisto y ha comenzado su anidación en el útero; este proceso culminará entre el undécimo y decimocuarto día de desarrollo, con la formación de la pared endometrial. - El fenómeno más característico que se produce durante la tercera semana es la grastulación, proceso mediante el cual se establecen las tres etapas germinativas del embrión. La grastulación comienza con la formación de la línea primitiva. La línea primitiva se presenta como un amontonamiento de células en una de las extremidades del disco embrionario, que aparece entre el día catorce y el quince siguientes a la fecundación. Cuando se forman dos líneas primitivas en un solo disco embrionario puede tener lugar la formación de gemelos idénticos. La línea primitiva es el primero de los rasgos reconocibles que se manifiestan a partir del disco embrionario, en el curso de los días siguientes a la fecundación. - Entre la tercera y la octava semana de desarrollo se inicia el denominado período embrionario. Al final de este período se habrían establecido las bases de los sistemas orgánicos principales (sistema nervioso central; sistema nervioso periférico, epitelio sensorial del oído, la nariz y el ojo; y epidermis, con inclusión de pelo y uñas). A causa de la formación de órganos, se modifica considerablemente la forma del embrión y hacia el segundo mes pueden identificarse los principales caracteres externos del cuerpo (cara, oído, nariz y ojos). De la explicación anterior se deduce que todos los órganos y sistemas principales se forman entre la cuarta y la octava semana. Por lo tanto, este lapso es denominado período de organogénesis. Es la etapa en la cual el embrión es más susceptible a factores que dificultan el desarrollo y la mayor parte de las malformaciones congénitas que se observan en el momento del parto tienen su origen en este período. - El período entre el comienzo del tercer mes hasta el final de la vida intrauterina se llama período fetal. Se caracteriza por la maduración de los tejidos y órganos y el rápido crecimiento del cuerpo hasta la fecha del nacimiento. Esquema utilizado como resumen de lo concordante sobre esta materia en la doctrina española por Pedro Femenía López. Op. cit. Págs. 5 y siguientes.

¹¹ Para un mayor desarrollo ver José Gabriel Storch de Gracia y Asensio. Acerca de la naturaleza jurídica del concebido no nacido, en la Ley número 1726. Madrid. 1987. Págs. 1103 a 1107.

2. Teoría de la anidación. Ésta considera el momento de la culminación de la anidación del embrión en el útero, alrededor del día catorce a partir de la fecundación¹², como necesaria valoración biológica en la determinación del estadio a partir del cual puede hablarse de persona, ya que, con la anidación, el embrión adquiere definitivamente las características de unidad y unicidad¹³; es capaz de obtener su propio ácido ribonucleico, aparece la línea primitiva y, además, se inicia la gestación o embarazo, cuyo normal desarrollo concluirá con el nacimiento de un ser humano.

3. Teoría de la aparición de la actividad cerebral. Ésta parte de la identificación de la muerte de una persona, con la cesación de toda actividad eléctrica cerebral, manifestada por un electroencefalograma plano. *A contrario sensu*, la vida humana comenzará con el inicio de dicha actividad cerebral, lo que ocurre aproximadamente hacia la octava semana de gestación.

4. Teoría de la aparición de la cresta neural. Ésta es una prolongación de la teoría anterior. Entiende que la calificación de persona requiere no sólo la aparición de actividad cerebral, sino también que el feto disponga de su propio sistema nervioso, lo cual ocurre aproximadamente entre las veintidós y veinticuatro semanas de embarazo.¹⁴

5. Teoría de la identificación sexual. Ésta califica al ser humano como individuo sexualmente diferenciado y, en consecuencia, considera el momento de dicha diferenciación sexual, alrededor de doce semanas de gestación, como determinante en la aparición de la persona.¹⁵

6. Teoría de la viabilidad. Esta teoría postula que el inicio de la existencia de la persona humana coincide con el momento en que el feto tiene la posibilidad de una vida

¹² Este límite de catorce días fue utilizado por primera vez en 1979, en los Estados Unidos, por parte de la *Ethics Advisory Board*, para fundamentar la disponibilidad de los embriones con anterioridad a esta fecha, estableciendo que es este el momento en que finaliza la implantación. Ethics Advisory Board (DHEW): "*support of research involving human in vitro fertilization and embryo transfer*". Washington DC. US Government Printing Office. 1979.

¹³ La individualización de un nuevo ser requiere dos propiedades copulativas: la unicidad –calidad de ser único- y la unidad –realidad positiva que se distingue de toda otra; es decir, ser uno solo-. En este sentido, existe un amplio sector científico para el cual con anterioridad a la anidación no podría hablarse de las propiedades de unicidad y unidad en el embrión. No habría unicidad por la posibilidad, hasta la anidación, de que se produzcan gemelos monocigóticos, es decir, gemelos idénticos genéticamente que surgen por la división de un embrión. No habría unidad por cuanto que en la fase preanidatoria es posible la producción de quimeras humanas, es decir, personas que realmente están constituidas por la fusión de dos cigotos o embriones distintos.

¹⁴ En este sentido se afirma "que la inteligencia es una característica que hace de la especie humana única respecto de las demás criaturas, y es su actividad neocortical que le proporciona a los seres humanos sus altas funciones intelectuales. La neocorteza humana comienza a producir ondas de electroencefalograma entre las veintidós y veinticuatro de embarazo. (...) El nacimiento del cerebro representa la más realista y deseable base sobre la cual definir el comienzo de la vida jurídicamente protegida. (...) El criterio de actividad neocortical reconocible del cerebro es consistente con una teoría de la personalidad (la cual defino como una característica que es tanto necesaria como suficiente para dar a un ser humano derechos protegidos por el Estado), ya que se puede comparar la falta de actividad cerebral neocortical a aquella falta de actividad cerebral la cual se ha convertido en una aceptada definición de muerte". (traducción personal) G.B Gertler. "Brain Birth: A proposal for defining when a fetus is entitled to human life status". South. Cal. L. Rev. 1986, nº 5. Págs. 1061-1062.

autónoma.¹⁶

7. Teoría de la relación de reconocimiento. Esta tesis sostiene que la vida humana no es un problema de la biología, sino de la filosofía. La vida humana no es una pregunta biológica, sino una pregunta filosófica y dice relación con la idea de que la vida humana comienza cuando es reconocida por otro. Por tanto, el embrión se hace humano al entrar en contacto con la cultura, y ello ocurre cuando el embarazo es deseado y la madre reconoce plenamente al hijo como una entidad, verificándose una relación intersubjetiva.¹⁷ En este sentido, la pregunta que se formula esta teoría apunta, más bien, al hecho de cuándo se configura la personalidad que al hecho de cuándo comienza la vida humana, porque entiende que vida humana y persona son dos categorías distintas.

8. Teoría del nacimiento. Esta considera que, únicamente, a partir del nacimiento puede hablarse de persona, ya que sólo, a partir de este momento, el individuo adquiere autonomía e individualidad propia.¹⁸

¹⁵ Sin embargo esta teoría es de las menos recurridas, ya que científicamente se puede determinar el sexo del futuro ser desde el momento de la fecundación, lo cual dependerá del cromosoma que porte el espermatozoide. Si este es (X) producirá un embrión femenino (XX), y si porta un cromosoma (Y) generará un embrión masculino (XY).

¹⁶ Esta teoría, pese a ser recurrida con frecuencia, acarrea un problema, el cual es, determinar en que momento se puede hablar con claridad de vida autónoma. Sin embargo, existe consenso es que esto sucede entre las 22 a 24 semanas de gestación.

¹⁷ Esta teoría es comentada y criticada por Ian Henríquez Herrera. Estudio biojurídico sobre el inicio de la vida: "comentario crítico a cinco tesis". Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Privado. Universidad de Chile. Escuela de Graduados. 2001. Págs. 29-33. Cabe señalar que la tesis aparece con el nombre de: "Cuarta tesis: La vida humana principia con la relacionalidad".

¹⁸ Esta tesis se ve ilustrada en el artículo 206 del código penal de Canadá.

CAPÍTULO III. RAZONES DE POLÍTICA LEGISLATIVA QUE EXIGEN LA PROTECCIÓN LEGAL

3. 1. La concepción del Código Civil Chileno

Como ya se adelantaba, existen una serie de cuestiones que exigen una protección legal del que está por nacer, aunque cabe decirlo, las razones provienen de distintas visiones respecto al tema.

En Chile, la primera manifestación legal de la cuestión se produce con la inclusión en el Código Civil de una serie de reglas, condensadas en el Título II del Libro I, sobre el principio y fin de las personas. Éstas hablan del tratamiento de los derechos eventuales de un no nacido, cuando quepa la posibilidad de su vulneración en materia sucesoria. De este modo, se lograría una suspensión de sus derechos hasta el momento del parto, donde se verificará finalmente la suerte de estos derechos en suspenso.

La norma básica de este Título es el artículo 74, el que determina que la existencia legal de las personas principia al nacer, lo cual se produce cuando el feto logra separarse completamente de su madre.¹⁹ Por tal, el momento que significa la adquisición de la

calidad de Sujeto de Derecho es el nacimiento. Afirmar esto llevaría a la lógica conclusión de que sólo los nacidos son susceptibles de derechos subjetivos, entre los que se cuentan los consagrados en la Constitución, quedando excluidos de esta categoría los que aún no han nacido. Sin embargo, el Código Civil en su artículo 75 establece qué sucede con el que está por nacer, encargando al juez que tome, por petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que en algún modo peligra.²⁰ Y es aún más enfático, disponiendo que todo castigo que la madre debiera recibir por el cual pueda peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.²¹ Esta fórmula, adoptada por el Código Civil chileno, ha sido celebrada por su innovación.²²

Por lo expuesto en este artículo, puede surgir la interrogante acerca del real alcance de éste, ya que las palabras del texto apuntan hacia una protección que trasciende lo meramente patrimonial, como es la protección de la integridad física del no nato. Pero el argumento que hace desechar tal posición se basa en el contenido del artículo 77, que establece el modo en cómo se deferirán los derechos del que aún se encuentra en el vientre materno. Estableciendo, que si hubiese nacido y viviese, los derechos en suspenso recaerán sobre él, comenzando en el goce de éstos, y se entenderá que estos derechos los gozaba el recién nacido, en forma retroactiva, desde el momento en que se defirieron. Es evidente que la protección de los derechos del *nasciturus* tiene como fin último cuestiones relativas a la certeza de las sucesiones, si no, no se explica el por qué de la utilización del verbo deferir. Dicho verbo, ya es empleado en el inciso segundo del artículo 956, el cual establece que: “La herencia o legado se defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata (...)”. La utilización de este verbo en el artículo 956 se ha mantenido sin alteración, incluso después de la reforma que introdujo la ley 19.585 de 1999 al libro III del Código Civil, por lo que puede decirse que éste es el sentido original que Bello quiso darle a dicho verbo.

Ampliando el argumento, tenemos que el inciso final del artículo 77 establece que en los casos del artículo 74, inciso segundo; es decir, cuando “La criatura (...) muere en el vientre materno, o (...) perece antes de estar completamente separada de su madre, o (...) no haya sobrevivido un momento siquiera (...)”,²³ los derechos eventuales del que está por nacer pasarán a otras personas como si la criatura jamás hubiese existido, de lo que claramente se desprende la real intención del Legislador, ya que al hablar de

¹⁹ Artículo 74 del Código Civil Chileno.

²⁰ Artículo 75 del Código Civil Chileno.

²¹ Inciso segundo del artículo 75 del Código Civil Chileno.

²² En este sentido Juan Manuel Blanch Nougués ha señalado que la solución de algunos códigos latinoamericanos, como en este caso el chileno, ha superado a la fórmula empleada por el Código Civil español, ya que se trata de soluciones innovadoras. Op cit. Pág. 1153.

²³ Inciso segundo del artículo 74 del Código Civil Chileno.

traspaso de derechos, se refiere a derechos patrimoniales y no a derechos personalísimos, los que no son susceptibles de traspaso ni transferencia alguna. Por tal, lo buscado con la norma del artículo 77, y aquellas que la complementan, es dar certeza a las sucesiones, ya que la posible existencia futura del no nato modificaría sustancialmente la línea sucesoria.²⁴

Sin bien la protección que el Código Civil otorga al *nasciturus* es relativa a cuestiones patrimoniales, no es menos cierto que algunas de sus normas son el antecedente de la protección fundada en un derecho personalísimo del no nato, dejando entrever el artículo 75 una cierta calidad de sujeto de Derecho al no nato, por ser relevante para la ley su bienestar.

3. 2. El giro conceptual acerca del objeto de protección en la Constitución de 1980

En Chile el único antecedente legislativo del precepto constitucional que establece que “la ley protege la vida del que está por nacer”, lo encontramos en el Código Civil, no siendo contemplado por ninguna de las anteriores Constituciones una norma de semejantes características. Es así, como el inciso segundo del numeral primero del artículo 19 de la Constitución de 1980 enuncia: “La ley protege la vida del que está por nacer”.

La inclusión de la norma en el texto definitivo en ningún caso tenía por objeto la protección de los derechos patrimoniales del *nasciturus*, sino, muy por el contrario, pretende ser una extensión del Derecho a la Vida, cuestión que queda de manifiesto al revisar las actas constitucionales de la Comisión Ortúzar, donde toda la discusión giró en torno al aborto. Con esto tenemos que el derecho protegido no es de carácter patrimonial, sino que es de aquellos que se consideran personalísimos y esenciales. La discusión sobre el alcance definitivo de la disposición generó un debate acerca de la conveniencia de incluir, dentro de las normas con rango constitucional, una condena directa del aborto. Es así como el comisionado Guzmán creyó ser necesaria una condena expresa del aborto, como prolongación de la protección de la vida. Además, él consideraba que la cuestión acerca de la protección del no nato dependía de otras normas, las que eran de carácter, más bien, social. De lo anterior, se desprende que él apuntaba hacia un reconocimiento constitucional del carácter delictual del aborto²⁵, más que hacia un modelo normativo de protección a la integridad del *nasciturus*.

²⁴ Es tan evidente que la intención de protección es patrimonial, que el artículo 343 del Código Civil establece que: “Se llaman curadores de bienes los que se dan a los bienes del ausente, a la herencia yacente, y a los derechos eventuales del que está por nacer”, siendo revelador el énfasis que la redacción del texto hace de la calidad del curador.

²⁵ Existen autores en la dogmática chilena que plantean que el bien jurídico protegido en el delito de aborto es la vida del *nasciturus*, lo que haría el argumento de Guzmán redundante. Véase Bustos, Grisolia y Politoff. Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Segunda edición. Págs. 138-140.

La posición de Guzmán fue rebatida por el comisionado Ovalle que, pese a no ser partidario del aborto, no consideró que la materia fuera de relevancia tal que mereciera una consagración constitucional. Asimismo, planteó que éste estaba indirectamente condenado a través de la consagración del derecho a la vida. Por otra parte, al haber casos calificados que lo justificaban, esta materia debía ser entregada a la ley penal, que era la encargada de establecer casuísticamente todas estas circunstancias.²⁶

Por otra parte, el comisionado Evans, quien compartía las convicciones de orden teológico que llevaban al comisionado Guzmán a repudiar el aborto, sostuvo como conveniente la posibilidad de tratar constitucionalmente el tema de la protección jurídica del *nasciturus*, pero no consideraba que el método correcto fuese una proscripción del aborto, sino la formulación de una norma flexible²⁷, que apuntara hacia el mismo objetivo que la proscripción, pero que permitiese al Legislador en determinados casos privar la vida del no nato, en especial cuando se esté frente a la necesidad de un aborto terapéutico.²⁸

Un argumento totalmente distinto, es el que aportó al debate el Presidente de la Comisión. El señor Ortúzar creyó que el gran problema de la inclusión de una norma que condenase el aborto, o bien que protegiera la vida del que está por nacer, era que en muchos casos se generaría un choque de derechos constitucionales, sin existir un criterio claro de resolución que sea consecuente con la redacción que quería dársele al texto. Asimismo, consideró que se podría entrar a una larga discusión filosófica, en relación con cual era el momento que da comienzo a la vida del *nasciturus*.²⁹

Siguiendo los argumentos de Ortúzar, se observa que, dentro de la comisión

²⁶ Al respecto, en la Comisión Constituyente, sesión 87 se señaló: “El señor Guzmán (...) cree que al consagrar el derecho a la vida fluye la necesidad de condenar el aborto. No en cambio consignar todo tipo de protecciones al hijo que está por nacer, pues para él hay otro género de protecciones, que se podría llamar protección social, que en el fondo protegen más a la madre que al hijo que está por nacer (...).” Comisión Constituyente. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 87. Talleres Gráficos de Gendarmería, Santiago. 1974. Pág.11

²⁷ En este sentido, Enrique Evans confirma lo sostenido posteriormente en sede doctrinal, ya que entiende que pese a ser encargo para el legislador la norma del inciso segundo del artículo 19, cree que es de carácter flexible, especialmente teniendo en cuenta el caso del aborto terapéutico, el cual, en su juicio, no debe ser penado por el legislador penal. Enrique Evans de la Cuadra. Tratado de Derechos Constitucionales. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1999. Pág. 114.

²⁸ En tal sentido, en la Comisión Constituyente, sesión 87 se señaló: “El señor Evans manifiesta que comparte, desde el punto de vista de la convicción moral y religiosa, los criterios sustentados por el señor Guzmán. Cree, como él, que nadie tiene derecho a privar de la vida al que está por nacer, cualesquiera que hayan sido las circunstancias de la concepción (...). Al respecto señala que estaba leyendo el artículo 75 del Código Civil (...) estima[ndo] que ese precepto puede trasladarse al texto constitucional, pero tiene dudas respecto de si éste debe ser absoluto en esa materia, como parece ser la posición del señor Guzmán, en el sentido de la proscripción del aborto, o ser una norma flexible que establezca lo mismo, pero que autorice al legislador para privar la vida al que está por nacer, en ciertos casos sin que constituya delito, especialmente cuando se trate de un aborto terapéutico. Estima en consecuencia, que si se va a consagrar el derecho a la vida, debe consagrarse, también, el derecho a la vida del que está por nacer, pero dejando abierta la posibilidad para que el legislador el día de mañana, según lo requieran las condiciones sociales, pueda, en determinadas circunstancias proceder con cierta flexibilidad”. Comisión Constituyente. Op. cit. Págs. 14-15.

constituyente, se generó un debate acerca del momento en que principia la vida del que está por nacer y, por tal, comienza la necesidad de su protección jurídica, bajo el título del derecho a la vida. Queda absolutamente de manifiesto que los comisionados Guzmán, Ovalle y Evans creyeron que la vida del no nacido comienza con el tradicional desarrollo del término concepción; es decir, con la penetración del espermio en el óvulo materno, lo que, a juicio del presidente Ortúzar, era rebatible.³⁰ Es, precisamente, este razonamiento, junto con el beneplácito de otros comisionados que no confiaban en una prohibición absoluta del aborto, la que generó finalmente una redacción que fuese más flexible, entregando al legislador la facultad de dispensar los medios adecuados para la protección de la integridad y vida del *nasciturus*. De este modo, lo pretendido fue: “[no] adoptar una fórmula extrema en la Constitución, vale decir, ni condenarlo ni hacerlo permisible explícitamente, sino que dejar entregada a la ley la protección de la vida del que está por nacer.”³¹

La conclusión a la que puede llegarse es que en ningún caso la norma finalmente redactada en la Constitución es una prohibición absoluta al aborto, ya que entrega a la ley la determinación de los casos en que deba protegerse la vida del no nato, siendo principalmente el Código Penal el que debe contemplar las hipótesis en las que la interrupción de un embarazo es constitutiva de aborto.

La principal preocupación de la Comisión en esta materia fue, en definitiva, evitar que se liberalizase de tal modo el aborto que la excepción deviniese en regla general, dejando abierta la posibilidad de que un aborto justificado no fuese contrario a la ley.³² Cabe señalar, sin embargo, que frente al acuerdo de la Comisión de redactar el precepto, en los términos que se establecían en el artículo 75 del Código Civil, y con los alcances jurídicos que se exponen en la discusión, el comisionado Guzmán manifestó una opinión en contra.³³

²⁹ Al respecto, en la Comisión Constituyente, sesión 87 se expresó: “El señor Ortúzar señala que aunque cree que el señor Guzmán tiene razón desde el punto de vista de la ortodoxia de los principios cristianos, disiente de su criterio, ya desde una posición humana y social debe ser consecuente, pues si debiera afrontar el día de mañana el problema de decidir entre la vida de seres queridos, entre el derecho a la vida de la madre o del hijo, optaría por el de aquella. De modo que, si abocado a esa situación en la vida actuaría de esa manera, no sería sincero si se pronunciara por contemplar una situación distinta en la Constitución (...). Además, desde el punto de vista filosófico, quien sabe si puede ser discutible el planteamiento, porque ¿en qué momento comienza el derecho a la vida del que está por nacer?”. Comisión Constituyente. Op. cit. Pág. 15.

³⁰ Véase supra 26, 27 y 28.

³¹ Palabras del presidente Ortúzar. Comisión Constituyente. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 90. Pág.16.

³² Para comprensión mayor de los términos de la redacción de la norma véase Comisión Constituyente. Op. cit. Sesión 90. Págs. 16-19.

³³ Véase Comisión Constituyente. Op. cit. Sesión 90. Pág. 20.

3. 3. La protección al que está por nacer se hace efectiva. Historia de la ley 18.826 que modificó el Código Sanitario

Cuando se plantea el hecho de que la redacción del artículo 19 N°1, inciso 2°, de la Constitución, es un mandato al legislador, muchas veces se ha cuestionado la forma en cómo esto debe realizarse. Fue así como la Junta de Gobierno, mediante la moción del Comandante en Jefe de la Armada, José Toribio Merino, se propuso dar cumplimiento a este mandato constitucional, que entregaba al Legislador la protección del que está por nacer. La idea era reformar aquellas normativas que, a juicio de éste, eran contrarias a la Constitución por vulnerar la vida del que está por nacer, dejándola en una situación desmedrada, en consideración a la vida de los individuos ya nacidos, siendo una obligación constitucional del Poder Legislativo remediar esta situación.

En este orden de cosas, el 8 de julio de 1988, “luego de un exhaustivo estudio de las normas relativas a esta materias”³⁴ por parte del Comandante en Jefe de la Armada, se propuso una moción para modificar el artículo 119 del Código Sanitario y el Código Penal, en lo relativo al delito de aborto.

La idea central de la modificación era, en lo referente al Código Sanitario, que se prohibiera realizar cualquier acción que tuviese por objeto producir la interrupción del proceso de gestación de un ser humano. En lo relativo al Código Penal, la intención era equiparar las penas para los delitos de homicidio, infanticidio y aborto, de modo que no se pudiera entender que existía en nuestro ordenamiento una doble valoración de la vida, dependiendo del estadio en la que se encontrase y ampliar el ámbito de punibilidad del delito de aborto. En ésta se incluía la sanción del cuasidelito de aborto en ciertos casos, junto con aplicar una figura calificada a un grupo más extenso de personas vinculadas a la actividad médica. De este modo, se señalaron expresamente cinco objetivos que pretendía alcanzar esta modificación:

1. Dar cumplimiento a la protección que otorga la Carta Fundamental a la vida del que está por nacer, modificando las disposiciones legales, cuyo contenido se desea armonizar con dicha Carta;
2. Equiparar las penas del delito de aborto con las de homicidio y el infanticidio, al estimarse que la vida intrauterina tiene el mismo rango y jerarquía que la vida del ya nacido;
3. Ampliar el ámbito de punibilidad del delito de aborto, incluyendo la sanción del cuasidelito de aborto si la infracción al deber de cuidado alcanzare el límite de la imprudencia temeraria;

³⁴ Historia de la ley 18826. (Moción de la ley referente a la protección del que está por nacer). Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago. 1989. Pág. 12.

4. Aplicar la figura calificada o agravada a un grupo más extenso de personas vinculadas a la actividad médica;

5. Reemplazar la actual disposición del Código Sanitario sobre el denominado “aborto terapéutico” por otro que exima de sanción, sólo a aquellas situaciones en que se causa la interrupción del embarazo, en forma indirecta e involuntaria, como un doble efecto de una acción médica necesaria, desarrollada en la gestante enferma de gravedad.³⁵

En cuanto a este último objetivo, la redacción original del artículo 119, expresaba: “Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a estas intervenciones requerirá la opinión documentada de dos médicos cirujanos”. Esta redacción, a juicio de Merino, era inconstitucional y debía ser modificada en cuanto no protege, en absoluto, la vida del que está por nacer y, en definitiva, autoriza su muerte dado la ambigüedad de sus términos, lo cual estaba encubriendo la legalización del aborto cuando éste sea hecho por un médico.³⁶

La moción, más allá de tener unos objetivos establecidos, se fundaba en un análisis de juridicidad de fondo, en el que se sustentaba la iniciativa. En este estudio, enviado como parte de la moción, se reconocía que la norma respecto de la cual se pretendía dar cumplimiento no era del todo clara, ya que permitía elaborar una doble interpretación del inciso segundo, del numeral primero, del artículo 19 de la Constitución.

El estudio de juridicidad señalaba que, una primera interpretación, era entender el concepto “proteger” en el sentido de una obligación al legislador de amparar, favorecer o defender la vida de la criatura concebida pero todavía no nacida, ya que tales son las acepciones o significados que tiene dicho verbo. Esta defensa o amparo la ley podría efectuarla en muy diversas formas, porque la Constitución le ha dejado amplia libertad. Pero lo que nunca podría hacer, en función de esta interpretación, sería dejar de adoptar normativas que protejan la vida del no nacido, puesto que significaría una infracción, por omisión, de la conducta que la Carta Fundamental le impone y, menos aún, establecer disposiciones que permitiesen acabar con su vida.³⁷

El informe sostuvo que esta interpretación del artículo 19 N°1, inciso segundo, en el sentido que prohíbe todo tipo de aborto, es acorde con otras normas de la Constitución como el artículo primero, en sus incisos segundo y quinto, que consagran a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y establecen el deber del Estado de protegerla y propender a su fortalecimiento. Asimismo, el informe consideró que, esta interpretación, era especialmente acorde con el artículo 5, inciso segundo, el que reconoce, dentro de las bases de la institucionalidad, como limitante de la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, los cuales, de acuerdo con la concepción humanista cristiana que guió la elaboración de la Carta de 1980, llevan a concluir que todo aborto es por naturaleza contrario a derecho, razón por

³⁵ Op. cit. Pág. 31.

³⁶ Historia de la ley 18826. (Informe técnico a la Junta de Gobierno). Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago. 1989. Pág 18.

³⁷ Id. Págs. 149-150.

la que su admisión por la ley está excluida por la norma constitucional del artículo 5.³⁸

La segunda interpretación que en el informe es posible encontrar, dice relación con aquella que estima que la protección del artículo 19 N°1 está planteada en dos ámbitos diferentes; una, para aquellos casos en que estamos ante un individuo ya nacido y, un segundo, para aquellos que aún se encuentran en la fase uterina de la vida. En este segundo caso, la Constitución entrega la protección de la vida embrionaria o fetal a las disposiciones legales, entendiéndose por esta interpretación, que la regulación de estos dos incisos corresponde a dos formas de vida diferentes y de jerarquía diversa.³⁹

En este orden de cosas, el inciso segundo no tendría un carácter absoluto, ya que la protección de la vida del que está por nacer estaría entregada a la ley. Más aún, desde este planteamiento, no cabe desprender, de ningún modo, un mandato de tutela penal como protección a esta forma de vida, sino que perfectamente podría cumplirse este mandato con normas de índole sanitario que signifiquen una protección de la mujer gestante.⁴⁰

En virtud de esta segunda tesis habría, asimismo, una colisión de bienes jurídicos. Por un lado, el bien jurídico consagrado en el inciso segundo del artículo 19 N°1; es decir, la vida del que está por nacer y, por otro, el garantizado en el inciso primero de la norma citada, la vida e integridad física y psíquica de la madre. Conflicto que, en función de esta tesis, debería resolverse mediante las causales de justificación, las que no requieren estar contenidas en el Código Penal y pueden encontrarse en otras ramas del ordenamiento jurídico, como sería, en este caso, la normativa del, hasta entonces vigente, artículo 119 del Código Sanitario, que permitía el aborto terapéutico.⁴¹

Una vez que se elaboró la moción con sus respectivos informes, ésta debió pasar por la aprobación de la primera comisión legislativa, la cual consideraba que se debía legislar en consideración a que la vida del que está por nacer, desde la concepción, tiene el mismo valor jurídico que la del ya nacido. Por lo que, era impropio hacer distinciones entre ambos, haciéndose indispensable el perfeccionamiento de la normativa para que se diera una debida protección.

Asimismo, esta comisión entendió que la normativa propuesta debía describir la conducta abortiva y definir desde cuándo existe vida humana, con el objeto de establecer el momento en que hay sujeto pasivo y dar, de este modo, una definición a un tipo penal que se encuentra abierto. Por ello, consideró la necesidad de definir el aborto, ya que, así, se cierra la posibilidad de introducción al país de píldoras abortivas, como así también permitiría una sanción del delito desde el momento mismo de la concepción.⁴²

No obstante la intención positiva de la primera comisión legislativa, la segunda

³⁸ Id. Págs. 150-151.

³⁹ Id. Pág 152.

⁴⁰ Id. Pág. 153.

⁴¹ Id. Pág. 154.

comisión legislativa fue de la idea de rechazar la moción y no creyó necesario legislar en la materia, principalmente, porque el aborto ya tiene una sanción penal, por lo que el legislador no estaba obligado a crear nueva normativa en función de lo que establecía la Constitución. Entendió, a su vez, que el aborto tenía una serie de connotaciones de carácter médico, sociales, éticas, religiosas, jurídicas y psicopatológicas, por lo que sería indispensable separar lo ético-moral de la ilicitud del aborto y del aumento de su penalidad. Asimismo, consideró que era inadecuado definir el aborto, por lo difícil e incierto que era determinar el comienzo de la vida, ya que los jueces han actuado siempre de manera uniforme al respecto, sin necesidad de definición y porque, además, dejaría al margen de la ley los programas oficiales de control de natalidad.⁴³

A su respecto, la tercera y cuarta comisión legislativa fueron de la idea de no legislar sobre la materia, principalmente porque consideraban que no era posible equiparar la vida dependiente con la vida de un ya nacido, entendiendo que la Ley debía generar la protección del que está por nacer, pero que, de ningún modo, esa protección consistiera en un aumento de la penalidad ni, menos aún, en la inclusión de un delito culposo de aborto. Por lo demás, la cuarta comisión legislativa recomendó no aumentar la penalidad en el tema, cuando la tendencia mundial era la despenalización del aborto, cuestión que podría traer una serie de críticas a las políticas legislativas del gobierno militar.⁴⁴

Ante los informes desfavorables de las comisiones segunda, tercera y cuarta, la Junta de Gobierno aceptó la proposición de la comisión conjunta, de un plazo de 90 días de suspensión de la tramitación, y comenzar después de ésta un reestudio más profundo de la normativa y de las posibles modificaciones que fuesen pertinentes.

Una vez reiniciada la tramitación, la comisión conjunta, en atención a la proposición de la primera comisión legislativa, estimó que la modificación debía circunscribirse sólo a lo referente al Código Sanitario, pero dejando margen a casos excepcionalísimos de aborto terapéutico. No obstante esto, terminó primando la opinión de que debía desecharse por completo la idea de aceptar algún tipo de aborto en Chile y que por tal, el artículo 119 del Código Sanitario, debía contener una norma prohibitiva, como es la que hasta hoy existe.

Lo más llamativo de todo este proceso legislativo, que comenzó con una fuerte idea de modificar el Código Penal y de modificar lo relativo al aborto terapéutico en el Código Sanitario, fue una carta que, con fecha 20 de julio de 1989, envió, el entonces Obispo de Rancagua, Jorge Medina Estévez, quien, bajo argumentos ciertamente teológicos, propuso a la Junta de Gobierno la idea de que esta modificación a la legislación no debía contemplar una reforma a la ley penal, sino que debía centrarse exclusivamente en el Código Sanitario, con lo que se cumplirían los objetivos que se planteaban en la moción original.⁴⁵ Lo que atrae la atención es el hecho de que, finalmente, la ley, que tenía por

⁴² Ver Historia de la ley 18826. (Informe de la primera comisión legislativa). Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago. 1989. Pág. 392.

⁴³ Id. 393.

⁴⁴ Id. Págs. 394.

objeto dar protección al que está por nacer, fue aprobada en los mismos términos que fue propuesto por el ex Obispo de Rancagua, quedando la interrogante de cuan influyente fue esta misiva para el desarrollo de la reforma legal, ya que trascurrieron sólo dos meses y medio, entre la recepción de la carta y la aprobación del proyecto, considerando que había sido constantemente rechazado por las comisiones legislativas.

Más allá de las posibles especulaciones, cabe señalar que la reforma sólo abarcó la modificación del artículo 119 del Código Sanitario, el que quedó, desde esa fecha, en los siguientes términos: “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”.

3. 4. El alcance de la reforma constitucional de 16 de junio de 1999

El tres de mayo de 1995, el Presidente de la República propuso reformar el artículo 1º inciso 1º y 19 N°2 de la Constitución, con el objeto de transformar el lenguaje de éstos, el que, a su juicio, era incorrecto porque intentaba abarcar al género humano desde el vocablo “hombres”, lo cual escondería una discriminación machista, siendo necesario insertar a estos preceptos el concepto “mujeres”, quedando la redacción de los artículos 1º, inciso 1º, y 19 n° 2 en los siguientes términos: “los hombres y las mujeres nacen iguales en dignidad y derechos” y “el hombre y la mujer son iguales antes la ley”, respectivamente.⁴⁶

Ante el inicial rechazo existente de parte de los parlamentarios por encontrar que se trataba de un proyecto ineficiente y que sólo constituía una declaración de principios, comenzó a esbozarse una nueva fórmula de redacción que parecía ser adecuada, dada la importancia de los artículos que estaban siendo sometidos a reforma. Es así como una modificación que tenía como principal objeto ser una norma igualadora entre géneros, terminó siendo una reforma de capital importancia para el desarrollo constitucional de la protección del que está por nacer.

⁴⁵ Jorge Medina Estévez en su sentir expuso: “Es posible que no exista otra oportunidad como la presente para enmendar el rumbo de una legislación que contradice la moral cristiana y cuyos efectos pueden ser nefastos para la vigencia de los grandes valores que forman el alma nacional y pienso que Ustedes (la Junta de Gobierno) tienen una ocasión única para librar a la sociedad chilena de tan infamante práctica.” Frase entre paréntesis personal. Historia de la ley 18826. Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago. 1989. Pág 339.

⁴⁶ En este sentido el Presidente Frei Ruiz-Tagle explicaba que: “El gobierno que presido está profundamente comprometido con una política de igualdad de oportunidades para mujeres y hombres. La Discriminación que sufre la mujer en la sociedad, en diversos ámbitos, obsta a un desarrollo equitativo y a la aspiración de Chile de convertirse en una sociedad moderna. Consecuente con los objetivos y base del Programa de Gobierno, y con los principios y normas jurídicas internacionales que vinculan a nuestro Estado, es una obligación fundamental del Gobierno, proponer las reformas necesarias al conjunto del ordenamiento jurídico a fin de terminar con esas discriminaciones”. Mensaje N° 643-330, contenido en el Boletín N° 1.579-07 de la Cámara de Diputados. Págs. 1-2.

El comienzo de este giro se dio cuando en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados se propuso sustituir el concepto “hombres y mujeres” por el término “las personas”, del modo como ya lo hacía el encabezado del artículo 19 de la Constitución⁴⁷, modificaciones con las que el proyecto pasó a su discusión en la Sala. Una vez iniciada ésta, se suscitó un evento que cambió completamente el alcance y objeto que tenía originalmente este proyecto, lo cual se debió a las precisiones exigidas por algunos parlamentarios acerca del alcance y sentido de la expresión “personas”.

La cuestión que exigía precisión, de acuerdo a lo sostenido por un grupo de parlamentarios, era si con la sustitución del vocablo “hombres” por el vocablo “personas”, alguna doctrina podría entender que se refería exclusivamente al concepto “persona” que entrega el Código Civil, con lo que la criatura que se encuentra concebida, pero aún no nacida, no tendría la calidad de sujeto de derecho.

El objeto de esta aclaración era que se recabase en la Sala el acuerdo necesario para hacer constar en forma expresa, para la historia fidedigna del establecimiento de la norma en cuestión, que la expresión “persona” abarca a todo ser humano desde el momento de la concepción y, de este modo, que jamás pueda desprenderse del

⁴⁷ En el informe se señala: “-Que el proyecto no perseguía otro objetivo que formular una declaración de intenciones, ya que la Constitución política de la República, al hablar de “los hombres”, se estaba refiriendo a la especie humana, la que también comprende a la mujer. -Que la agregación de la expresión “y mujeres” en el artículo 1º de la Constitución, para señalar que tanto ellas como los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, no es la única solución viable y que ya esta Comisión, al aprobar otra reforma constitucional, había optado por reemplazar la expresión “hombres” por “Todos los seres humanos”, teniendo presente la nomenclatura utilizada por la Declaración Universal de Derechos Humanos. Que era factible, además, considerar el concepto de “*personas*” en reemplazo de los vocablos “hombre” y “mujer”. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto que reforma disposiciones que señala de la Constitución Política de la República, estableciéndose igualdad de Oportunidades para hombres y mujeres. Págs.5-6. En el mismo orden de cosas, pero en el informe de la Comisión citada, esta vez en el Senado, el Senador Hamilton expuso: “En relación con la fórmula concreta propuesta por al Senado -que se vale de la expresión “hombres y mujeres”-, manifestó que ella no le parece consistente con el carácter de norma inicial, tanto de la Carta Fundamental como de su Capítulo I, dedicado a las Bases de la Institucionalidad. En efecto, agregó, una disposición de un tenor tan particularizado podría implicar problemas de interpretación en otros ámbitos del Derecho. Por ello, estimó más conveniente utilizar, al menos en el artículo 1º, la expresión “las personas”, que corresponde a un lenguaje técnico jurídico neutro que comprende ambos sexos y que es, precisamente, el que la Constitución utiliza tanto en el mismo precepto como en el artículo 19º, que tiene a las “personas” como sujeto de los derechos que la misma consagra (...). Ampliando la opinión favorable a este cambio de fórmula, el Senador Aburto: “(...) reconoció que Chile no puede soslayar el cumplimiento de los compromisos internacionales que se han mencionado. En estas circunstancias, y si se utilizara la fórmula amplia y comprensiva como la propuesta por el H. Senador señor Hamilton, expresó que podría concurrir con su voto favorable a esta iniciativa”. Finalmente y en el mismo sentido, el Senador Viera-Gallo: (...) coincidió con la propuesta planteada en el sentido de utilizar la palabra “personas” en el artículo 1º y de incorporar las menciones diferenciadoras de hombre y mujer en el artículo 19º. Al Respecto, puso de relieve que el Constituyente utiliza estos mismos términos, en las mencionadas disposiciones y en otras, así como en otras expresiones concordantes, por ejemplo, “nadie”, “el que”, “toda persona”, “todo individuo”, “todo habitante”, “cualquiera”, “toda persona natural o jurídica” [Asimismo], dejó constancia de que, evidentemente, si en definitiva se consignara en el inciso primero del artículo 1º la palabra “personas”, ella debe entenderse referida sólo a las personas naturales”. Expresiones de los Senadores Hamilton, Aburto y Viera-Gallo contenidas en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, agregado al Diario de Sesiones del Senado, sesión 11ª de fecha 15 de diciembre de 1998.

ordenamiento jurídico nacional, que se es persona sólo desde el momento del nacimiento.⁴⁸

Finalmente, el acuerdo fue conseguido, quedando en la historia fidedigna de este precepto que el concepto legal de persona en nuestro Derecho comienza desde el momento mismo de la concepción, con lo que todas las normas garantistas del título primero y del título tercero de la Constitución, protegen tanto al nacido como a aquél que está por nacer.⁴⁹

De capital importancia parece ser la inclusión de un criterio interpretativo en la historia fidedigna de un proyecto de reforma constitucional, ya que, en estricto rigor, sería historia fidedigna no sólo de una reforma en particular, sino que sería parte del núcleo que compone la Constitución.

⁴⁸ En este sentido el Senador Bombal expresó: “Señor Presidente, por su intermedio quiero solicitar una aclaración previa y con ella, pedir que se recabe el acuerdo de la Sala en orden a dejar constancia en actas para la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional que se modifica a través del proyecto en debate. Mi solicitud de aclaración está destinada al señor Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y dice relación al hecho que, con la enmienda propuesta en el N° 1) del artículo único de la iniciativa –sustituye en el inciso primero del artículo 1° de la Carta Fundamental la expresión “los hombres” por “las personas”-, en lo sucesivo alguna doctrina podría pretender sostener que sólo es persona y, por ello, sujeto de derechos el individuo que ha nacido, con lo cual la criatura concebida y no nacida no tendría la calidad de persona. (...) Por lo tanto, sobre la base de la aclaración pedida, solicito formalmente a la Mesa que recabe el acuerdo de esta Sala con el objeto de hacer constar en forma expresa, para la historia fidedigna del establecimiento de la norma pertinente, que, ante el hipotético caso de que este proyecto se convierta en norma constitucional, jamás se podrá desprender de él que, en conformidad a nuestro ordenamiento constitucional, se es persona y por ello, sujeto de derecho a partir del nacimiento, pues este asunto ya fue zanjado por otra norma constitucional. En la especie, el artículo 19 N°1, de la Carta, al proteger la vida del que está por nacer, lo hace luego de que en el epígrafe de aquel precepto se dispone expresamente que “La Constitución asegura a todas las personas”; es decir, que la criatura que se encuentra por nacer es persona y sujeto de derecho desde la concepción.” Diario de Sesiones del Senado sesión 21ª de fecha 3 de marzo de 1999.

⁴⁹ La discusión se dio en los siguientes términos, los cuales se reproducen: El señor Larraín: Señor presidente, si tenemos presente el objetivo del mensaje –éste señala que se trata de un proyecto de reforma constitucional que establece la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres-, observamos que no se pretende innovar el tenor del actual artículo 1° de la Constitución. En consecuencia, no parece posible desprender un significado distinto del que hoy tiene la expresión “los hombres”. De manera que la interpretación del Honorable Señor Bombal, a mi entender, es correcta. Creo que, si se aprueba este proyecto –parece que así va a ocurrir-, la interpretación dada a la referida norma deberá seguir, porque no se modifica su sentido con la expresión “las personas”, agregada en la Comisión a sugerencia del Senador señor Hamilton. Ese hecho no altera la búsqueda de igualdad como objetivo central de la iniciativa y no cambia la noción sobre el término “persona”, que, dentro de la tradición jurídica, ha incluido como sujeto de derecho al que está por nacer. El señor Ríos (Vicepresidente): Existe una petición formal. Entiendo que la Sala concuerda con el planteamiento del Senador señor Larraín. Y el Honorable señor Bombal se daría por integrado, entonces (...). El señor Viera-Gallo: Señor Presidente, lo manifestado por el Presidente de la Comisión es claro en el sentido de que no se innova en esta materia. Ahora, la interpretación de lo que hoy existe sobre el particular podría generar un largo debate. Pero lo importante es que no cambia nada al respecto. El señor Ríos (Vicepresidente): Se dará por aprobado, en consecuencia, lo planteado por los Senadores señores Larraín y Bombal. El señor Parra: La solicitud del Senador señor Bombal, con la aclaración del Honorable señor Larraín. El señor Ríos (Vicepresidente): Sí. Y todo ello se hará constar en la Versión Taquigráfica y en el Acta. Acordado.” Diario de Sesiones del Senado sesión 21ª de fecha 3 de marzo de 1999.

Queda de manifiesto que la intención del Senador Bombal era incluir un criterio interpretativo que evitara realizar reenvíos a otras normativas para obtener una respuesta acerca de la extensión y alcance de un concepto, en este caso, al Código Civil respecto del concepto “persona”. De esta manera, se cerraría la posibilidad de que surgiese alguna legislación que despenalizase; o bien, permitiese en ciertos supuestos la práctica legal del aborto, siendo, en consideración a este nuevo criterio interpretativo basado en la historia fidedigna, inconstitucional cualquier intento por legislar alguna normativa que limite o restrinja, en exceso, el derecho a la vida del que está por nacer.

3. 5. La reapertura del debate en torno al derecho a la vida del que está por nacer. El recurso de protección por la comercialización de la píldora del día después.

El origen de la controversia estuvo en el Registro Sanitario que el Instituto de Salud Pública concedió, mediante Resolución N° 2141 del 21 de marzo de 2001, al Laboratorio Silesia para la comercialización del fármaco denominado *Postinal*, el que estaba elaborado sobre la base de la droga *Levonorgestrel*. Para los recurrentes, dicha concesión era un acto ilegal y arbitrario que vulneraba el derecho a la vida del que está por nacer, ya que uno de los efectos constantes de la droga era impedir la implantación del ovócito fecundado en las paredes del útero materno, efecto que, a juicio de los recurrentes, tiene carácter abortivo.⁵⁰

Los fundamentos jurídicos de los recurrentes estuvieron basados en que el Instituto de Salud Pública debió haber rechazado de plano la solicitud de concesión del Registro Sanitario para el fármaco en cuestión, ya que como organismo de la Administración estatal debía apegarse al mandato constitucional de protección a la vida. Asimismo, sostuvieron que la actuación mediante la que se violentó la garantía constitucional era ilegal y arbitraria. Era ilegal, porque se estaría ante infracción de la ley penal que sanciona el aborto y, por tal, ante infracción del artículo 7° de la Constitución, en consideración de que, como organismo estatal, debe someter su actuación a la ley. Era arbitraria, dado que no sería racional dar autorización para comerciar una droga genocida que atenta contra los chilenos que están concebidos, respecto de los cuales el Estado no estaría procurando la mayor satisfacción espiritual y material posible, al permitir la circulación de un fármaco con las características del *Postinal*.⁵¹

⁵⁰ En este sentido Jorge Reyes redactor del libelo señaló que “los que dicen que este mecanismo de la píldora del día después no es un aborto, señalan que la vida comienza cuando el óvulo se implanta en el útero. Lo que se aborta, entonces es el embarazo, afirman ellos. A mi modo de ver, lo que se elimina es un embrión. Uno que tenga seis días, que según la autoridad no está protegido por la Ley, técnicamente tiene mínima diferencia con el de ocho días que sí tiene la protección”. Comentario contenido en La Semana Jurídica. www.lasemanajuridica/laSemanaJuridica/742/article-4395.html

⁵¹ Basado en el extracto de las alegaciones de los recurrentes contenidas en La Semana Jurídica. www.lasemanajuridica/laSemanaJuridica/742/article-4395.html

Estos argumentos jurídicos se sustentaban en consideraciones de carácter científico. El principal de ellos era que la droga en cuestión no tiene efectos contraceptivos, sino microabortivos⁵², toda vez que actúa una vez fecundado el óvulo materno, impidiendo el proceso de la anidación de la criatura (embrión) en el útero, lo que alteraría el endometrio, provocando la expulsión anticipada del huevo que, en palabras de los recurrentes, constituye un aborto. Asimismo, aseguraban que la droga *Levonorgestrel* lograría la aceleración de la mucosa uterina, impidiendo la implantación del huevo fecundado. Normalmente, esta implantación se produce al séptimo día después de la fecundación, pero la ingestión de la píldora produce que el endometrio madure anticipadamente, de manera que cuando el huevo quiera implantarse encuentre la membrana refractaria al implante y deba ser expulsado.⁵³

En síntesis, los recurrentes aseveran que la píldora, al impedir el proceso de gestación del embrión, el que necesariamente debe producirse en el útero materno, atentaría contra la vida e integridad física del que está por nacer, como asimismo a la integridad física y psíquica de las mujeres a las que se les administre el fármaco para provocarles un aborto.

3. 5. 1. La respuesta de los requeridos

El Instituto de Salud Pública, en cuanto a argumentos científicos, sustentó que, del conocimiento actual de la ciencia, sólo se puede tener certeza de que los efectos del *Levonorgestrel* consistirían en modificar las condiciones para impedir la unión del espermatozoide con el óvulo; pero, en caso alguno, afectaría al óvulo fecundado. Asimismo, agregó que también podría tener efecto sobre las paredes del útero inhibiendo la implantación, pero que esto no tiene un sustrato científico, por cuanto las investigaciones al respecto han arrojado resultados contradictorios.⁵⁴

En cuanto a la argumentación jurídica, el Instituto de Salud Pública objetó lo planteado por la parte recurrente, ya que el ordenamiento jurídico chileno, en materia civil, protege la vida del que está por nacer, concepto jurídico y científico coincidente en el elemento “mujer” que deben tener ambos para estar en presencia de un potencial ser humano. De modo tal que la sola fecundación de un óvulo no constituye un individuo que esté por nacer, mientras éste no se haya imbricado biológica y orgánicamente con una mujer. En materia penal y relacionado con el delito de aborto, la doctrina define al *nasciturus* como el producto de la concepción en cualquier etapa de la vida intrauterina, que recorre el período que va desde la anidación del huevo fecundado hasta el momento del nacimiento. Sostuvo, asimismo, el Instituto de Salud Pública que antes de la anidación existe un huevo cuya viabilidad depende de diversos factores, pero que la gestación tiene

⁵² Sin embargo, estudios han demostrado que este producto no es microabortivo, ya que no actúa sobre el embrión implantado sino que su mecanismo de acción se produce previo a la anidación. Fernando Zegers Hochschild. Op Cit.

⁵³ Id. Supra 51.

⁵⁴ Id.

capacidad de desarrollo sólo si el huevo está anidado, razón por la que es improcedente hablar de aborto por el uso del fármaco *Levonorgestrel*.⁵⁵

Por otra parte, el Instituto de Salud Pública señaló que la tramitación de la solicitud de registro del fármaco se encuadra dentro de la legislación sanitaria vigente, no siendo arbitrario, ilegal, ni tampoco afectando derechos garantizados por la Constitución. Para sustentar la no arbitrariedad, expuso que es una obligación ineludible para la autoridad sanitaria realizar un riguroso estudio técnico-científico que le permita autorizar o denegar el registro sanitario solicitado. En cuanto a la legalidad del acto, el Instituto de Salud Pública sostuvo que existe una normativa que establece entre sus funciones, ejercer control de calidad de medicamentos, alimentos de uso médico y demás productos sujetos a control sanitario, estableciendo esta normativa que ningún producto farmacéutico o cosmético podrá ser comercializado ni distribuido en el país, sin que se produzca su registro previo en el Instituto de Salud Pública. Finalmente, señaló que no conculca ni amenaza el derecho a la vida del que está por nacer, porque éste requiere la existencia indubitada de vínculos materiales biológicos y orgánicos entre el óvulo fecundado y la mujer, lo que en caso alguno se ve afectado por la ingesta de *Levonorgestrel*, ni afecta la integridad física ni psíquica de la mujer, toda vez que el fármaco no es abortivo y dar la autorización para comercializarlo no constituyen obligación de compra o de uso para nadie, de modo tal que la simple aceptación del registro dista enormemente de amenazar la vida o integridad física y psíquica de las personas.⁵⁶

En definitiva, la controversia estaba basada en si la acción de la cuestionada droga afectaba a un ser humano potencialmente concreto, sujeto de derechos; o bien, sobre una potencialidad humana mínima, que no necesariamente llegará a concretarse.

⁵⁵ Id.

⁵⁶ Id.

CAPÍTULO IV. LAS POSICIONES DOCTRINALES

4. 1. Interpretaciones propuestas acerca del momento de adquisición de la personalidad

La doctrina no ha sido ajena a la discusión que en el apartado anterior se planteaba, existiendo una variada literatura al respecto. Probablemente, el origen de este debate está en el seno de casi todas las legislaciones civiles que recogen como inicio de la personalidad el nacimiento con vida de la criatura,⁵⁷ condicionando la existencia al hecho de nacer vivo y vivir una determinado fracción de tiempo, la que es variable en las distintas legislaciones.⁵⁸

La interrogante que surge es acerca de cuál es el ámbito de esta personalidad, en

⁵⁷ Inclusive en algunas legislaciones como en la española se exige un criterio de viabilidad en el que la criatura no solo debe separarse del vientre materno sino que debe sobrevivir a lo menos veinticuatro horas. Véase artículo 29 y siguientes del Código Civil Español.

⁵⁸ Véase inciso segundo del artículo 74 del Código Civil Chileno.

razón de que, si se es persona sólo después de nacido, sería desde este instante en el que el individuo comenzaría a gozar de las garantías que la Constitución asegura, ya que el encabezado del artículo 19 lo señala en ese sentido.

Al parecer, la doctrina nacional y algunos ejemplos recogidos de la comparada llevan a pensar que esta interpretación no es correcta sino, muy por el contrario, carente de fundamentos. Al respecto, revelador es el comentario de Silva Mac Iver, quien señala que “de esta manera, de acuerdo con el concepto de persona (...) y con los antecedentes que nos proporciona la ciencia, se debe concluir que desde la fecundación estamos en presencia de una persona humana. Y en cuanto tal, de un sujeto de derecho”.⁵⁹ En éste, la personalidad, según el autor, se obtendría al momento de la fecundación, por lo que “como resulta lógico, en el inciso 1°, del N° 1 del artículo 19, el primer derecho que reconoce la Constitución es el derecho a la vida. Y naturalmente, el *nasciturus* es titular de este derecho en la misma forma en como lo son todas las demás personas”⁶⁰

Otros autores anticipan el momento en que se da inicio a esta calidad subjetiva que es la personalidad. De este modo, tenemos que Soto Kloss, considera que es el momento de la concepción el que principia al ser humano como persona, haciéndolo acreedor de todos los derechos que la Constitución garantiza, por lo que afirma: “El derecho a vivir comienza para el ser humano –jamás debe olvidarse- en las entrañas mismas de su madre; desde el mismo instante en que existe como individuo (aunque mida apenas un centímetro), esto es, desde su concepción ya posee su derecho a la vida, a crecer a desarrollarse, a desplegar todas sus potencialidades, a nacer, dejando el santuario del claustro materno; desde su concepción misma posee ese ser humano el derecho a vivir, cuya primera manifestación se traduce en no ser impedida ni cercenada su existencia en el seno materno, y luego nacer o sea seguir viviendo fuera de él”.⁶¹

En el mismo sentido, Doyharçabal considera la posibilidad de que la protección del que está por nacer se extienda a los embriones humanos, en virtud de que “podría aplicarse la analogía para interpretar esta norma (el artículo 75 del Código Civil) del modo más conforme a la equidad natural, estimando que el legislador que no podía prever los avances de la ciencia quiso, no obstante, proteger la vida antes del nacimiento, en cualquiera circunstancia.”,⁶² con lo que la protección del no nacido no sólo se asegura desde su concepción intracorpórea, sino que desde la extracorpórea también.

Probablemente la mejor argumentada de estas posiciones, a favor de un reconocimiento expreso del derecho a la vida del que está por nacer es la de Miguel Ángel Fernández, quien expone, a propósito de la reforma constitucional de 16 de junio

⁵⁹ Jaime Silva Mac Iver, El *nasciturus* y el derecho a la vida. Revista de Derecho Público N° 57-58 (1995). Pág. 186.

⁶⁰ Id. Pág. 193.

⁶¹ Eduardo Soto Kloss. La noción de persona en la Constitución (a propósito del que está por nacer). Revista de Derecho Público N° 50 (1991). Pág. 140.

⁶² Solange Doyharçabal Casse. El derecho a la vida del *nasciturus* en la legislación chilena y comparada. Revista Chilena de Derecho Vol. 21 N°2 (1994). Pág. 315-316.

de 1999⁶³, que reconociendo la necesidad de una hermenéutica sistemática, como debe serlo la constitucional, obliga “a reconocer la existencia de un *concepto constitucional de persona*, el cual incluía al ser concebido pero aún no nacido. Resultaba, a la luz de esta posición, errado aplicar categorías propias de la legislación civil a la configuración constitucional de la personalidad, puesto que la regulación dispuesta por el Poder Constituyente y que pudo haber derivado en un reenvío a la ley, no habría tenido más objeto que evitar la derogación *in limine* del aborto terapéutico, como única excepción al derecho a la vida que tiene el ser concebido pero no nacido, puesto que, si se aseguraba ese derecho desde el momento mismo de la concepción, dicha figura de *interrupción voluntaria y lícita* del embarazo habría quedado tácita, pero inequívocamente *derogada*”.

64

Esta postura que adopta Fernández se basa en que el artículo 5, inciso segundo, de la Constitución establece el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Al respecto cabe considerar que, el artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica es ley chilena al respecto, disponiendo que el ser humano es persona desde el momento mismo de la concepción. Por ello, el autor afirma que “el derecho a la vida se aseguraría directamente por la Constitución tanto al concebido pero no nacido como a quienes ya han abandonado, con vida por un instante siquiera, el claustro materno. Y dicha garantía se refuerza, respecto del primero, por medio del mandato imperativo al legislador en orden a que, además, proteja él también al que está por nacer (...).⁶⁵

Cabe reconocer, entonces, que el texto original de la Constitución admitía acudir al Código Civil para hallar el sentido y alcance de las expresiones empleadas por la Carta Fundamental. Con ello, se dio lugar a la duda interpretativa, en orden a si el ser concebido, pero aún no nacido, era considerado persona por el Poder Constituyente y, por ende, si era o no titular de los derechos asegurados en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile”.⁶⁶

Por su parte, Ángela Vivanco sostiene que la pertenencia humana es lo que determina la personalidad y, en este sentido, un sujeto de derecho es aquel que pertenezca a la especie humana, porque, en su entender, la ciencia pone al derecho en posición de poder establecer esto de forma categórica. La consecuencia lógica de esto es que el que está por nacer goza de un derecho a la vida en los mismos términos que los nacidos. Para la autora, ésta es una de las novedades más importantes de la nueva Carta

⁶³ Ver páginas supra 41- 46.

⁶⁴ Miguel Ángel Fernández. “Derecho a la vida y derechos fundamentales de la persona que está por nacer”. Conferencia publicada en “Los derechos de la persona que está por nacer”. Conferencias Santo Tomás de Aquino. Universidad Santo Tomás. Academia de Derecho. Santiago. 2001. Pág. 83.

⁶⁵ Id. Pág. 83-84.

⁶⁶ Id. Pág. 84

Fundamental

Esta posición mayoritaria, que asume desde la concepción la condición de sujeto de derecho del *nasciturus*, no sólo la encontramos en la doctrina nacional,⁶⁷ sino que también en la doctrina comparada. Es así como Cifuentes exige de la legislación civil que ésta proclame respecto del *nasciturus*: “Eres persona porque tienes vida y te reconozco derechos; los ejercer por representación y te protejo a ti y tus derechos, física y jurídicamente, por medio del poder judicial...pero si naces muerto, es como si nunca hubieras adquirido tales bienes y derechos patrimoniales, sin dejar por ello de haber sido persona. Eres hasta que dejes de ser.”⁶⁸ Con menos elocuencia, pero con mayor certeza, el autor, en el párrafo siguiente, revela desde cuándo nace la calidad de persona, explicando: “Para mí (...) el *nasciturus* es persona luego, el delito de aborto impide y sanciona los atentados contra su vida. En otras palabras, el derecho personalísimo principia en la concepción instantánea en que éste en que aparece un nuevo ser de la especie con vida propia aunque dependiente.”⁶⁹

Asimismo, en España es posible encontrar autores como José Gabriel Storch de Gracia, quien sostiene una tesis basada en argumentos filosóficos-naturalistas, para entender que el *nasciturus* es persona “porque tiene, de modo inherente e inviolable, derechos que determinan su propia estructura, la esencia de su propia personalidad”⁷⁰, siendo titular de lo que él llama “capacidad jurídica abstracta”, que en otras palabras sería la posibilidad de ser titular de derechos. En este sentido, enfatiza: “(...)los derechos de la personalidad son innatos u originarios, a diferencia de lo que sucede con los demás derechos subjetivos pues no precisan de ningún mecanismo especial que determine su titularidad, pues nacen con la persona misma, con el ser humano mismo, con su propia esencia”⁷¹. De este modo, entiende que la personalidad no es atribución del Derecho, sino de la naturaleza humana, considerando lógico el hecho de que la atribución de la personalidad no puede estar determinada por un texto legal como el artículo 29 del Código Civil español, ya que se caería en una contradicción insoluble, porque se estaría “*determinando la personalidad a partir de la determinación de sus elementos esenciales* –derechos de la personalidad”⁷², con lo que se estaría negando la esencialidad o

⁶⁷ Véase además Hernán Correa T. Comienzo de la existencia y personalidad del que está por nacer. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso Volumen XIII (1989-1990). Págs.33-50. Asimismo Patricio Zapata L. Persona y embrión humano. Nuevos problemas legales y su solución en el derecho chileno. Revista chilena de Derecho. Volumen 15 N° 2-3 mayo-diciembre (1998).

⁶⁸ Santos Cifuentes. Derechos personalísimos. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995. Pág.238.

⁶⁹ Id. Págs. 238-239.

⁷⁰ José Gabriel Storch de Gracia y Asensio. Acerca de la naturaleza jurídica del concebido no nacido, en la Ley número 1726. Madrid. 1987. Pág. 1110.

⁷¹ Id. Págs. 1110.

⁷² Id. Págs. 1111.

inherencia de la persona. Otros autores sostienen que el concebido no nacido posee la titularidad del derecho a la vida, que asegura el artículo 15 de la Constitución española, del mismo modo en como lo goza el que ya ha nacido. Los argumentos dentro de esta vertiente son variados, siendo principalmente dos los más destacados y que, en definitiva, son la traslación de los argumentos civilistas a materia constitucional. La una primera argumentación es de índole ontológica-naturalista, sustentada por Gabriel Storch de Gracia y Asensio, para quien el simple hecho de la concepción determina la existencia de “derechos de la personalidad”, los cuales por tener una fundamentación naturalista son aplicables a todas las ramas del derecho positivo, de tal modo que la garantía del artículo 15 de la Constitución española es gozada por el *nasciturus*.⁷³

La segunda argumentación llega al mismo resultado práctico, pero con matices en su desarrollo argumentativo, encontramos a María Dolores Vila-Coro, quien sostiene, desde una base científica que asume como irrefutable, que la concepción es el momento en el que comienza la vida humana. Es así como establece que el derecho a la vida debe existir aparejado donde existe vida, en tal sentido, desde el primer instante que hay vida humana, existe un derecho a la vida correlativo, y este momento sería la concepción.⁷⁴

En función de la argumentación dada por los defensores de esta posición mayoritaria en la doctrina nacional, es posible argumentar que el derecho a la vida que consagra el N°1, del artículo 19 de la Constitución, es extensible en su totalidad al no nato, no siendo legítimo distinguir entre la protección garantizada para un nacido y para uno que está por nacer. En virtud de tal fundamento, la sola puesta en circulación de la píldora del día después adolece de inconstitucionalidad.

4. 2. La interpretación del precepto constitucional que protege la vida del que está por nacer.

A diferencia de la concordancia existente entre los autores acerca de cuándo estamos en presencia de una persona, ante la interrogante del significado del inciso segundo del N°1, del artículo 19 de la Constitución, las respuestas son diversas. Definitivamente, el acuerdo a que llegó la Comisión Constituyente se traspasó a los autores de la materia, que han intentado dar una interpretación coherente a la cuestión.

Una de las posturas más aceptadas por la doctrina nacional es la que sostiene que este precepto es una protección adicional que recibe el *nasciturus*, quien ya cuenta con un derecho a la vida igual que todas las personas, porque en razón de su posición de indefensión necesita de un mayor resguardo. Es así, que autores como Soto Kloss plantean que la Constitución “en su N° 1 inciso 1° asegura el derecho a la vida y a la

⁷³ Id.

⁷⁴ María Dolores Vila-Coro. El concebido no nacido en el ordenamiento jurídico. Tesis doctoral de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Madrid.1991

integridad física de la persona, y en su inciso 2° asegura la vida del que está por nacer, con un encargo especial para el legislador a fin de que la ley proteja esa vida del que está en el claustro materno”.⁷⁵ En tal sentido, para el autor, es carga del Legislador esta protección adicional que la Constitución dispensa al no nacido, no siendo válidas las leyes que puedan perseguir fines que se contrapongan a éstos.

Otras interpretaciones creen que lo establecido por la Constitución es más restringido y lo que, en definitiva, pretende es condenar el aborto mediante un mandato al Legislador, para que sea éste quien dispense los medios para la protección del *nasciturus*. Pfeffer plantea que la disposición del inciso segundo, del artículo 19, es la reproducción literal del artículo 75 del Código Civil, incluyéndose con el fin de que en el futuro no se pueda legislar en forma amplia sobre el aborto.⁷⁶ Desarrollando la argumentación en su libro conjunto, Verdugo, Pfeffer y Nogueira plantean que hay, asimismo, una diferencia de contenido entre ambas disposiciones, ya que “el bien protegido es la vida del que está por nacer, lo que se precisó por la Comisión para dejar en claro que no son los derechos –por ejemplo, defensa de la herencia- en general los protegidos sino la vida.”⁷⁷ Por su parte, Nogueira sostiene que el constituyente de 1980 no protegió la vida del no nato del mismo modo que protege a la del nacido, porque a éste le otorga el derecho constitucional a la vida y a aquél sólo la protección de su vida como mandato constitucional al legislador, existiendo en el texto formal de la Constitución una protección a la vida cualitativamente diversa, dependiendo del estadio en que se encuentre el proceso vital. No obstante lo anterior, considera que el “bloque de constitucionalidad” de los derechos esenciales, que se genera por la aplicación del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, obliga a vincular la normativa nacional con los instrumentos internacionales. En este caso específico sería la Convención Americana de Derechos Humanos, la que en su artículo 4.1 establece el respeto a la vida, en general, desde la concepción. Por tal, y de acuerdo a la regla hermenéutica “*favor libertatis*” o “*pro civies*”, el derecho en cuestión debe interpretarse según aquella norma que le otorgue el mayor grado de protección, con lo cual concluye que el *nasciturus* tiene derecho a que no se interrumpa su vida desde el momento de la concepción.⁷⁸

José Luis Cea, por su parte, atribuye al problema del aborto ser la causa que generó la preocupación fundamental del Poder Constituyente y que, finalmente, se expresó en el precepto en estudio.⁷⁹ Aunque cabe señalar que considera errónea la postura de la

⁷⁵ Prosigue la cita: “Si bien se lee, lo que está asegurando el constituyente en la expresión dada por el texto fundamental es el derecho a nacer de quien individuo de la especie humana habita ese santuario de vida que es el seno materno, pero para ello es que protege la vida de esa criatura”. Eduardo Soto Kloss. La noción de persona en la Constitución (a propósito del que está por hacer). Revista de Derecho Público N° 50 (1991). Pág. 141.

⁷⁶ Emilio Pfeffer Urquiaga. Manual de Derecho Constitucional. Tomo I. Págs. 365-366.

⁷⁷ Mario Verdugo Marinkovic, Emilio Pfeffer Urquiaga, Humberto Nogueira Alcalá. Derecho Constitucional. Tomo I. Segunda edición. Págs.199-200.

⁷⁸ Humberto Nogueira Alcalá. El derecho a la vida en el ordenamiento jurídico chileno. Gaceta Jurídica. Número 207. 1997. Págs. 7-29.

Comisión, ya que entiende que la vida del no nacido debe ser siempre protegida y no es posible que sea la ley la que determine en que casos lo hará.⁸⁰

Todas estas posturas analizadas entienden que, detrás del precepto, existe un bien jurídico protegido de mayor relevancia que aquél que pretendió el Código Civil resguardar: el derecho a la vida que tiene el *nasciturus* en nuestro ordenamiento jurídico.

En el otro extremo argumentativo, encontramos a Mohor, quien postula “que el inciso 2° tuvo por objeto contemplar la situación del *nasciturus*, el cual teniendo presente lo que dispone el Código Civil en su artículo 74, no fue considerado persona. Por tal razón, el constituyente no reconoció en el *nasciturus* la calidad de titular del derecho constitucional a la vida como, en cambio, lo hace expresamente tratándose de las personas, únicas que, en su concepto, pueden asumir esa calidad, limitándose a imponer al Legislador el mandato de proteger la vida del que está por nacer.”⁸¹ Esta interpretación literal del precepto constitucional persigue integrar a la Constitución con el resto del ordenamiento jurídico que le está subordinado. Toda vez que la Ley Fundamental no establece quienes son persona ante el Derecho,⁸² deberá hacerlo otro cuerpo legal. Y este cuerpo legal es el Código Civil, que establece la normativa sobre el comienzo y fin de las personas. Por tal, a juicio del autor, si el ordenamiento jurídico establece que se es persona desde determinado momento, sólo a partir de ese momento se es titular de los derechos constitucionalmente garantizados.

No obstante lo anterior, reconoce que la principal preocupación existente detrás del precepto es el aborto. En este sentido, explica: “A excepción del aborto terapéutico⁸³ que tiene como objeto específico la salvaguarda de la vida de la madre, todos los otros tipos de aborto (incluido el terapéutico que sólo persigue la protección de la salud de la madre) importan el sacrificio presente de un bien jurídico cierto (la vida del *nasciturus*, en aras de un riesgo futuro e incierto (el mal que eventualmente debería experimentar la madre de haberse producido el nacimiento).”⁸⁴

En el mismo orden de cosas, es posible encontrar la opinión de Figueroa Yañez, quien plantea el hecho de que la Constitución respecto del artículo 19 N°1 realiza una

⁷⁹ José Luis Cea Egaña. Curso de Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica de Chile. Tomo II. Pág. 42.

⁸⁰ Id. Pág. 39.

⁸¹ Salvador Mohor Abuaud. Consideraciones jurídicas y metajurídicas en torno a una eventual despenalización del aborto en Chile a la luz de la nueva Constitución. Revista de Legislación y Documentación en Derecho y Ciencias sociales. Biblioteca del Congreso Nacional. Año X. N°1 (1988). Pág. 51.

⁸² Cuestión que autores de la posición contraria reconocen. Véase Eduardo Soto Kloss. Op. Cit. Pág. 139.

⁸³ El comentario al que se hace referencia fue escrito con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 18.826 que modificó el Código Sanitario, estableciendo que “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”.

⁸⁴ Salvador Mohor Abuaud. La protección de la vida del que está por nacer en la Constitución de 1980. Revista de Derecho Público N° 39-40. Pág. 116.

protección diferenciada del derecho a la vida de la persona que ya ha nacido, por una parte; y del que está por nacer, por la otra. En este sentido, señala: “el artículo 19 N°1 asegura en su inc.1º, sin condiciones ni limitaciones de ninguna especie “el derecho a la vida” a “todas las personas”. En cambio, el inc.2º del mismo número indica que la vida del que está por nacer está protegida por “la ley”. La vida del que se halla aún en el claustro materno se encuentra protegida, así, por una disposición de rango legal de menor grado que la vida del que ya está nacido”⁸⁵. Asimismo, entiende que “la ley” a que se refiere la Constitución es principalmente el Código Penal, en lo relativo al delito de aborto; y, el Código Civil, en lo relativo a los derechos eventuales del que está por nacer. En virtud de esta última preceptiva, entiende que el *nasciturus* no es persona ni sujeto de derecho; y, en consecuencia, los derechos que a éste le otorga el ordenamiento jurídico, a través de los artículos 74 y 75 del Código Civil, permanecen sin titular y en un limbo, mientras no se verifiquen las condiciones que se exigen al respecto.⁸⁶

Al momento de referirse a la cuestión, acerca de cuándo se entiende que estamos en presencia del que está por nacer, para efectos del ordenamiento jurídico nacional, sostiene que sólo desde el momento de la implantación del embrión en las paredes uterinas, es posible hablar del que está por nacer, ya sea a nivel constitucional, civil o penal.⁸⁷ De lo que finalmente entiende que los embriones desarrollados in vitro, en un medio extracorpóreo, no pueden ser considerados como aquéllos que están por nacer.⁸⁸

La tesis de Figueroa Yañez, quien entiende como diferenciados los rangos de protección de nacidos y no nacidos en el ámbito constitucional, ha encontrado una particular refutación por parte del profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Jorge Precht, quien ha sostenido que: “[la tesis de Figueroa Yañez](...) es una clara petición de principios (sic). El civilista (Figueroa Yañez) hace una lectura superada del artículo 74 del Código civil para concluir que nonato no es persona y luego pretende que, asimismo, el Constituyente al hablar “del que está por nacer” no lo considera persona. De ello habría que concluir que, atendido el artículo 1º de la Constitución: “El Estado no estaría al servicio del que está por nacer”, sino sólo en la medida que la ley exija ciertas prestaciones a los órganos estatales, como lo hacen el Código Penal, el Código Civil o el Código Sanitario (...).

En primer lugar, el Estado está al servicio de la persona humana, sin distinciones, incluyendo la nacida y la en gestación. El concepto de persona humana es más amplio que el de persona civil.

La expresión del artículo 19 N°1: “La Constitución asegura a todas las personas” cubre a la persona en gestación y así como el legislador ordena al juez proteger al nonato, la Constitución ordena al legislador hacer lo propio. Ello deriva del texto

⁸⁵ Gonzalo Figueroa Yañez. *Persona, pareja y familia*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.1995. Págs.20-21.

⁸⁶ Id. Pág. 21

⁸⁷ Id. Págs. 54-55.

⁸⁸ Id. Pág. 54.

constitucional mismo y de su preparación.”⁸⁹

Otra crítica recibida por Figueroa Yañez la formula Corral Talciani, quien sostiene que establecer que los embriones que se encuentran en un medio extracorpóreo no son parte de los que están por nacer es errado. Este autor postula que: “(...) no cabe hacer una interpretación tan literalista que no admita que la fórmula del que está por nacer es una expresión semántica, hermosa y hasta poética, pero que se refiere a todas las criaturas humanas vivas no nacidas, independientemente del medio físico en el que se encuentren. Se trata no del que está en vías de nacer, sino del que está llamado “por su propia conformación natural” a nacer.”⁹⁰

No obstante lo anterior, Corra Talciani, en el párrafo siguiente, sustenta su argumento en los mismos literalismos que critica de Figueroa Yañez al exponer: “Adviértase que la Constitución no cosifica (sic) al *nasciturus* y que implícitamente reconoce su subjetividad: habla de “el que” está por nacer, y no “de lo” que está por nacer.”⁹¹

Como síntesis a las posturas expuestas es posible señalar que la mayoría de la doctrina nacional difiere en cuanto a la categoría del derecho a la vida del *nasciturus*, pero concuerdan en la existencia de dicho derecho, ya que en ningún caso éste es negado. Más bien se discute sólo si tiene rango constitucional o legal. Por otra parte, cabe señalar que los autores advierten que la principal amenaza a este derecho es el aborto, siendo éste el motivo de la existencia del inciso segundo del N°1 del artículo 19.

Un autor que se ha alejado de estas dos alternativas interpretativas es Antonio Bascuñan Rodríguez, quien sostiene que la forma de interpretar el precepto debe partir por reconocer el acuerdo de mayoría que alcanzó la Comisión Constituyente en el sentido de eludir una declaración expresa del *nasciturus* como persona y, como tal, poseedor de un derecho a la vida constitucionalmente reconocido y, en su defecto, incluir una norma proveniente del Código Civil.⁹² De este mismo modo, entiende que la Constitución, en función de la declaración de la Comisión Constituyente, sólo reconoce a las personas el derecho subjetivo público a la vida, protegiendo al no nacido de un modo diverso, a saber: como un objeto de protección imperativa para el Legislador, entendiéndose que este mandato constitucional al legislador es una compensación a la ausencia del reconocimiento de un derecho subjetivo a la vida al *nasciturus*.⁹³ Al plantear esto, el autor

⁸⁹ Jorge Enrique Precht Pizarro. “La administración del Estado al servicio de la persona que está en gestación”. Revista de Derecho Público. N° 57/58.1995. Pág. 201. (frases en corchetes y entre paréntesis personales).

⁹⁰ Hernán Correa Talciani. El embrión humano: Del estatuto antropológico al estatuto jurídico. Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte. Año 4. 1997. Coquimbo. Págs. 57-58.

⁹¹ Id. Pág. 58.

⁹² Antonio Bascuñan Rodríguez. La píldora del día después ante la Jurisprudencia. Revista Centro de Estudios Públicos N° 95 (invierno) 2004. Pág.61

⁹³ Id. Pág. 62.

asume que podría entenderse que el no nacido queda en desprotección constitucional, frente a lo cual sostiene que, al elevar el rango constitucional del que está por nacer, ya no podrá ser válida una decisión arbitraria del Legislador en el orden de desproteger de un modo injustificado o absoluto al *nasciturus*. En este sentido, la Ley se encuentra ampliamente limitada si su propósito fuera establecer disposiciones que pudieran implicar una desprotección de la vida del que está por nacer.⁹⁴

4. 3. La doctrina ante el *Levonorgestrel*

Una serie de autores retomó la discusión acerca del alcance del artículo 19 N°1, inciso 2°, de la Constitución, ante la controversia que suscitó la aprobación por el Instituto de Salud Pública del fármaco *Postinor*, comúnmente llamado “píldora del día después”. Sobre todo, en lo relativo al concepto persona y en lo referente a la titularidad del derecho a la vida que poseería el *nasciturus*.

A este respecto, Hernán Correa parte desde una postura que identifica a la Constitución de 1980 desde una concepción valórica humanista-cristiana. Postula que la única respuesta que podría tener la pregunta acerca de cuándo comienza la vida y desde cuándo se entiende que se protege el derecho a la vida es desde la fecundación; es decir, desde que un espermio penetra la membrana citoplasmática del óvulo. En este sentido, sostiene: “(desde este momento) hay un organismo que autodetermina su desarrollo, que es individual y que pertenece a la especie humana. Siendo un *homo sapiens* nadie tiene derecho a negarle su dignidad intrínseca y su personalidad.”⁹⁵

En el mismo orden de cosas, considera que, pese a que el concepto persona no fue desarrollado por la Constitución, debería entenderse éste a la luz del Código Civil en su normativa vigente al momento de redactarse y aprobarse la Carta Fundamental, en la especie el artículo 55, que establece como persona a todos los individuos de la especie humana sin distinción alguna. Por lo que no cabría, a juicio del autor, distinguir entre nacido y no nacidos. Asimismo, a la luz de historia fidedigna de la reforma constitucional de 1999 y de la lectura del artículo 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica, la única solución posible es que se reconozca la personalidad desde el momento de la concepción y por tal se reconozca el derecho a la vida del *nasciturus* como sujeto de derechos.⁹⁶

La controversia que generó la “píldora del día después” tomó en la doctrina matices bastante apasionados, ya que pese a que la evidencia científica demuestra que este fármaco no es abortivo, sino contraceptivo⁹⁷, cierta parte de la doctrina asumió posturas

⁹⁴ Id. Pág. 65.

⁹⁵ Hernan Correa T. Sobre el estatus jurídico del concebido. Revista *Ius Publicium* N°7. (2001). Universidad Santo Tomás. Santiago. Pág. 103.

⁹⁶ Id. Págs. 103-104.

más bien guiadas por conceptos “a priori”, muchas veces ideológicos.

Es así como en su artículo llamado “La píldora asesina ante la Constitución”, Soto Kloss, hace un análisis de la normativa en los mismos términos que los expuestos por Correa Talciani, pero, haciendo hincapié en el hecho de que el *Postinor* es una droga que directamente mata personas según el prisma constitucional.⁹⁸ El artículo de Soto Kloss no es el único que cae en defensas extremadamente apasionadas de posturas que cada vez se muestran más ideológicas. En este sentido, el dossier del número 7 de la revista *Ius Publicium* de la Universidad Santo Tomás fue dedicado, casi en exclusiva, a tratar este tema, siendo estos dos artículos citados quizás los que más llaman la atención. Sin embargo, todos los demás mantienen la misma línea argumental a favor de un reconocimiento del derecho a la vida del que está por nacer, desde el momento de la concepción.⁹⁹

⁹⁷ Ver Fernando Zegers Holschild. El mecanismo de acción del Levonorgestrel. Revista Centro de Estudios Públicos N° 95 (invierno) 2004.

⁹⁸ Eduardo Soto Kloss. La píldora asesina ante la Constitución. Revista *Ius Publicium* N° 7. Universidad Santo Tomás. Santiago Págs. 79-88.

⁹⁹ Los demás artículos que contiene este número de la revista citada son: Sofía Salas y Mónica Silva. La “píldora del día después”. Los riesgos de atentar contra la vida humana. Págs. 139-142; Fernando Orrego Vicuña. Contracepción de emergencia. LNG y aborto. Págs. 155-158; Fernando Chomalí Garib. “Píldora del día después”. El peligro para una nueva vida. Págs.133-135; Ángela Vivanco Martínez. La Constitución y la píldora. Págs.99-100; José Joaquín Godoy Ugarte. La Constitución y la píldora abortiva. Págs. 97-98; Raquel Rubio Huidobro. Mujer y maternidad: su ser y su expresión en la sociedad actual. Págs. 125-138; Rodolfo Carlos Barra. El estatuto jurídico del embrión. Págs. 53-76; María Monserrat Martín Martín. Inicio y desarrollo del ser humano. Págs. 37-52. Asimismo, con ocasión de una resolución del 20° Juzgado Civil de Santiago, la que declaraba nulo un dictamen del Instituto de Salud Pública, aparecieron una serie de artículos que retomaban el tema de la constitucionalidad de la píldora del día después. Es así, como en la Revista del Centro de Estudios Públicos publicaron conclusiones similares a las ya expuestas por los autores citados: Arturo Fermandois. La Píldora del Día Después: Aspectos Normativos. Revista del Centro de Estudios Públicos. N° 95 (invierno).2004. Págs. 91-118; Alejandra Carrasco. La Píldora y la Bioética en Chile. Revista del Centro de Estudios Públicos. N° 96 (primavera).2004. Págs. 326-344; José Joaquín Ugarte Godoy. Momento en que el embrión es persona humana. Revista del Centro de Estudios Públicos. N° 96 (primavera). 2004. Págs. 282-323.

CAPÍTULO V. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO A LA VIDA DEL QUE ESTÁ POR NACER.

El material jurisprudencial sobre el derecho a la vida del que está por nacer no es muy extenso, pero posee una particularidad, siendo en esta instancia donde en la práctica se determinará si el *nasciturus* posee o no un derecho a la vida constitucionalmente protegido. Por tal, son los Tribunales de Justicia quienes en definitiva determinarán el alcance de la norma de artículo 19 N°1 de la Constitución.

5.1. El caso Aida Monje con Isapre Promepart

El primer caso donde existe un reconocimiento de rango constitucional del derecho a la vida del *nasciturus* ocurre en 1982 y se puede encontrar en “Aída Monje con Isapre Promepart”, en el que se dedujo un recurso de protección contra la institución de salud previsional por haber devuelto sin tramitar una licencia médica, privando a la mujer del subsidio maternal que le correspondía, consistiendo este hecho, según la recurrente, en una vulneración de la garantía constitucional del Artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, ya que se puso en peligro la integridad física y psíquica de la

recurrente y la vida de su hijo por nacer.

Al respecto, la Corte de Apelaciones de Santiago sentenció que “(...) en presencia de ambos derechos, con origen en una fuente común, y en íntima relación, el legislador privilegia la vida del que está por nacer sobre el derecho a la salud que asiste a la madre, la recurrente, al cual desplaza”. Lo que llevaría a concluir que el derecho a la vida del que está por nacer es de mayor jerarquía que el derecho a la salud de la madre, ya que, como dice la Corte, éste desplaza a aquél.

La Corte fue de la opinión que la falta de percepción del subsidio afectó la salud de la madre, debido a la deficitaria alimentación generada por la carencia económica y porque la incertidumbre la afectó en lo psíquico, no pudiendo guardar el reposo indicado, lesionando “principalmente el derecho a la vida del nuevo ser ya concebido, expuesto a grave peligro, por hallarse condicionado en su desarrollo en el claustro materno a las circunstancias externas que afectan el organismo de la madre”.

5.2. El caso Carabantes, Director del Servicio de Salud Metropolitano Occidente.

Un segundo caso donde quedó planteado el tema es de 4 de noviembre de 1991, en “Carabantes, Director del Servicio de Salud Metropolitano Occidente”, en el que la Corte de Apelaciones de Santiago acogió a tramitación un recurso de protección interpuesto por dicho funcionario, a fin de amparar la vida del hijo que está por nacer de una mujer que, a consecuencia de sus convicciones religiosas, se negaba a que le realizasen una transfusión sanguínea. La madre, quien es RH negativo, poseía antecedentes de doble cesárea y portadora de un síndrome hipertensivo moderado. Esto hacía exigible una nueva intervención cesárea más una esterilización tubaria bilateral. El profesional expuso que la alta probabilidad de que dicho hijo naciese con RH negativo, haría necesario, en caso de contingencia, una transfusión sanguínea que de no ser hecha, el hijo aún no nacido correría serio peligro de muerte.

El recurrente argumentó que los padres del no nacido, al negarse a la terapia, aduciendo razones religiosas, cometían un “acto arbitrario e ilegítimo que amenaza y privaría a la criatura de su derecho a la vida, solicitando para que en virtud de lo dispuesto en el N° 1 del artículo 19 de la Constitución Política, que garantiza el derecho a la vida, se adopten las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar al hijo por nacer la aludida garantía, la que deberá extenderse a la propia madre”.¹⁰⁰

Por su parte, el Tribunal autorizó a la Dirección del hospital Félix Bulnes para que se adoptasen todas las medidas que tiendan a preservar y resguardar la vida del que está por nacer y su madre, en caso necesario y de peligro de muerte y complicación grave.¹⁰¹ En este sentido, es posible observar dos cosas. En primer lugar, la Corte de Apelaciones

¹⁰⁰ Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia del 4 de noviembre de 1991. Considerando 1°.

de Santiago, al acoger a tramitación el recurso, da a entender que el derecho a la vida del que está por nacer posee rango constitucional, ya que, de no poseerlo, no sería procedente el recurso de protección. En segundo lugar, no sólo hace el reconocimiento de este derecho como aquellos que dan lugar a recurso de protección, sino que implícitamente reconoce que otro derecho, como lo es el de libertad de culto, es de inferior jerarquía que aquel que consagra la protección de la vida del que está por nacer, al pasar por alto las cuestiones religiosas que llevaban a la mujer a no someterse a una transfusión de sangre.¹⁰²

Lo que estableció el tribunal es sin duda revelador, en el sentido de que, a juicio de éste, debe interpretarse los incisos primero y segundo del N° 1 del artículo 19 en el modo que adelantaba el análisis de la visión de Soto Kloss; es decir, que el inciso primero es extensible al *nasciturus* y el inciso que le sigue corresponde a una protección adicional que se encarga al Legislador.

Además de estos dos casos, los que fueron fallados a favor de los recurrentes, es posible encontrar otros dos donde se interpuso un recurso de protección basado en la puesta en peligro de la vida del *nasciturus*, pero los cuales no fueron acogidos.

5.3. El caso Cornejo Ortíz

El primero de estos casos, trata de una profesora de una Corporación de Desarrollo Social del Sector Rural, la que se encontraba embarazada de cinco meses y con algunos síntomas de aborto. La alegación se fundó en el hecho que su empleadora habría reducido sus funciones laborales debido a estos acontecimientos, junto con contratar dos profesionales para que desempeñaran las labores que había dejado de realizar. En este sentido, la profesora sostuvo que ésta era una presión psicológica indebida y que sólo tenía por objeto lograr que ella renunciase, pudiendo, así, su empleadora, librarse de las obligaciones legales que de estos hechos se derivaban. Con esto se vulneraba, entre otros, el derecho a la integridad física y síquica tanto de ella como de su hijo en gestación, el cual se encuentra garantizado en el artículo 19 N°1 de la Constitución.

La Corte de Apelaciones de La Serena desechó la pretensión porque, en su criterio, los antecedentes que acompañó la recurrente no eran suficientes como para poder configurar una amenaza a los derechos alegados. La Corte sostuvo que las acciones de las cuales la recurrente alegó existir amenaza para sus derechos no tenían más objeto que protegerla, en vista a su delicado estado de salud y, asimismo, velar por el correcto funcionamiento del establecimiento educacional.¹⁰³

¹⁰¹ Id. Considerando 2°.

¹⁰² Cabe señalar que la Corte de Apelaciones de Santiago declaró sin lugar el recurso de protección (considerando 4°), ya que como consta en el considerando 3° de la sentencia, no fue necesaria la transfusión sanguínea.

¹⁰³ Corte de Apelaciones de La Serena. Sentencia del 17 de julio de 1991.

La apelación deducida ante la Corte Suprema rechazó el recurso de protección, pero deja suficientemente en claro que el rechazo es debido a que los hechos no eran constitutivos de amenaza para el derecho, sino, muy por el contrario, tendían a proteger a la profesora en su estado de gravidez.¹⁰⁴

5.4. El caso Manquelipe Reinante

El segundo de estos casos trata de un incidente ocurrido en octubre de 1991, cuando piquetes de la sexta comisaría de Loncoche interceptaron buses de transporte rural, los que llevaban a dirigentes mapuches y a sus respectivas familias quienes se dirigían a Valdivia. La intención de carabineros, al detener este bus, fue proceder a la revisión de los ocupantes de éste, ya que por su aspecto y vestimentas denotaban su ascendencia mapuche, basándose en los conflictos étnicos acontecidos en esa fecha como razón para detener al transporte. Al proceder al control de rutina se percataron que en el bus venía buena cantidad de mujeres embarazadas y niños, los cuales se dirigían al hospital de Lanco y Valdivia.

Los recurrentes, entre otros argumentos, deducían el recurso de protección sosteniendo que la acción de control policial ponía en riesgo la vida de las mujeres y sus hijos en gestación, ya que se producía una demora injustificada al control que debían realizarse, además de alegar haber recibido maltrato por parte de la autoridad policial en su contra, vulnerándose, de este modo, el artículo 19 N°1 de la Constitución.

La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la pretensión, por considerar que ninguna de las acciones de Carabineros puso en amenaza ninguno de los derechos, entre ellos el que consagra el artículo 19 N°1 de la Constitución que, por parte de los recurrentes, se dijo que habían sido conculcados.¹⁰⁵

El fallo de este recurso de protección fue confirmado, en segunda instancia, por la Corte Suprema el 11 de diciembre de 2001.

5.5. El recurso de protección contra la píldora del día después en la Corte de Apelaciones de Santiago

El debate alrededor del tema sólo vino a reabrirse en 2001, cuando la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso de protección interpuesto en contra del Instituto de Salud Pública, por haber concedido el Registro sanitario al fármaco *Postinal* que, a juicio de los recurrentes, tiene dentro de sus efectos el de ser abortivo, vulnerando

¹⁰⁴ Corte Suprema. Sentencia del 31 de julio de 1991.

¹⁰⁵ Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia del 26 de noviembre de 1991. Considerando 6°.

por tal el derecho a la vida del que está por nacer.¹⁰⁶

El Tribunal sostuvo: “Que la acción cautelar por la que se recurre, tiene su origen en el texto del artículo 20 de la Constitución Política de la República, cuyo objeto ha sido amparar el legítimo ejercicio de alguna de las garantías establecidas en su artículo 19, para cuyo ejercicio es preciso definir la persona del afectado en cuyo favor se recurre. Dicho de otro modo, a quién le corresponde la legitimación procesal activa para recurrir por está vía.”¹⁰⁷ De este modo, es necesario que el afectado sea una persona o ente determinados, lo que excluye la pretensión de que la acción tenga el carácter de general o popular, que permita su ejercicio aún cuando no aparezca directamente perjudicado.¹⁰⁸

En definitiva, la Corte de Apelaciones de Santiago desestimó el recurso de protección interpuesto en contra del Instituto de Salud Pública, al considerar que éste carecía de legitimación activa, es decir, que no existía ninguna persona o ente amenazado y que el accionar respondía más a pretensiones de carácter general que a una defensa de individuos vulnerados en sus derechos.¹⁰⁹

5. 5. 1. La apelación del recurso ante la Corte Suprema

El fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago no fue satisfactorio para los recurrentes, los que apelaron para que fuese el Supremo Tribunal del país quien resolviese en definitiva.

La cuestión a dilucidar por la Corte Suprema era si los recurrentes de protección se encontraban legitimados para accionar, a fin de evitar la autorización de la fabricación y posterior venta y distribución del fármaco que cuestionaban por tener éste efectos abortivos. Una vez resuelto ese tema, debía entrar a establecer si dicho fármaco amenazaba, de algún modo, la vida de los que están por nacer.

Sobre la legitimación activa, la Corte Suprema fue enfática estableciendo que: “(...) la legitimación activa de los actores, esto es, la pretensión de obtener una decisión jurisdiccional respecto de la garantía constitucional invocada como agraviada por aquellas autoridades que señalan en su libelo, se encuentra fundamentada en lo que dispone nuestra Carta Fundamental, tanto en el ya recordado artículo 20, cuanto en su artículo 19 al establecer que la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la

¹⁰⁶ En cuanto a los argumentos jurídicos y científicos de las partes reitérese lo expuesto en páginas 48- 53.

¹⁰⁷ Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia del 28 de mayo de 2001. Considerando 5°.

¹⁰⁸ Id. Considerando 6°.

¹⁰⁹ Cabe señalar que la sentencia contó con el voto disidente de la Ministro Morales, quien señaló que la Constitución asegura el derecho a la vida del que está por nacer desde la concepción, por tal un fármaco con las características descritas impediría el desarrollo del huevo fecundado, lo que vulnera su derecho a vivir. Asimismo entiende que debe aplicarse el artículo 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica, el que dispone que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, comenzando está desde la concepción. Por otra parte, que la legitimación activa está verificada toda vez que los recurrentes accionan a favor de, entre otros, de los concebidos quienes poseen existencia legal.

vida y a la integridad física y psíquica y que la ley protege la vida del que está por nacer.”

110

La Corte continuó estableciendo: “Que el derecho para proteger la vida que tienen los seres que aún se encuentran en etapa de desarrollo o de gestación y, que culminará en el nacimiento, también se encuentra entre los fundamentos de la legitimación activa que reclaman los actores, puesto que como asociaciones propenden a la defensa, protección, cuidado, preservación y desarrollo del pleno derecho a la vida y el respeto a la dignidad humana desde el momento mismo de la concepción. Por ello que han podido accionar para obtener, por esta vía de protección constitucional, el retiro de la autorización del fármaco uno de cuyos efectos podría ser abortivo.”¹¹¹

El Tribunal sostuvo, para reafirmar la admisibilidad del recurso: “Si el sujeto no existe en el momento de formularse la amenaza –lo que impide recurrir por cualquiera a su nombre-, pero ciertamente existirá al momento previsto para el cumplimiento de la amenaza, el sujeto merece entonces la protección adelantada del derecho prevista precisamente por este recurso de protección, que contempla explícitamente la posibilidad de proteger contra una amenaza, acción por definición referida a la existencia del sujeto en el futuro.”¹¹² De este modo, la Corte Suprema, entendió que, en el caso en cuestión, hay personas las que existirán de forma cierta al momento de concretarse la amenaza que el fármaco significa, siendo por tal, susceptible de que los recurrentes actúen a favor de estos individuos futuros.

Una vez resuelto el aspecto formal de la apelación, el Tribunal entró al fondo del recurso, debiendo decidir si el Instituto de Salud Pública actuó ilegal y arbitrariamente al permitir la circulación y comercialización del fármaco *Postinal*, fabricado en base a una síntesis de *Levonorgestrel*, que, entre sus efectos, puede ser abortivo, carácter que vulneraría el derecho a la vida del que está por nacer, así como la integridad física y psíquica de la mujeres a quienes se les administraría.

La discusión devino en científica, en el sentido de determinar en qué momento se produciría el supuesto aborto.”¹¹³

La expresión de razones científicas, por ambas partes, puso a la Corte Suprema en posición de decidir el asunto, por lo que ésta estableció: “Que la garantía del derecho a la vida y la protección del que está por nacer dispuesta en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de 1980, se encuentra reforzada por otras disposiciones constitucionales entre las cuales se encuentra el N° 26 del mismo artículo 19 al disponer la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que los limite en los casos que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio; y el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, que expresa que es deber de los órganos del Estado, respetar y promover

¹¹⁰ Corte Suprema. Sentencia del treinta de agosto de 2001. Considerando 3°.

¹¹¹ Id. Considerando 4°.

¹¹² Id. Considerando 8°.

los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la misma y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”¹¹⁴

Para la Corte Suprema, “desde la perspectiva señalada se hace evidente que el que está por nacer –cualquiera que 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.”¹¹⁵

Los fundamentos jurídicos que esgrimió el Tribunal están basados no sólo en el texto constitucional, sino que también se guiaron por lo establecido en el Código Civil, señalando “Que el artículo 55 del Código Civil dice que son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe y condición. Si entendemos que la fertilización es, como es, un proceso continuo que no resulta separable en etapas o momentos, debemos concluir que el óvulo fecundado o embrión, es ya un individuo de la especie humana y como tal, digno de protección constitucional y legal para alcanzar su pleno desarrollo hasta que el nacimiento se produzca, conforme a lo que dispone el artículo 74 del mismo cuerpo legal.”¹¹⁶ Asimismo, considera: “Que además y confirmando lo anteriormente concluido, los artículos 75 y 76 del Código ya citado no dejan duda al respecto al disponer que la protección del que está por nacer comienza con la concepción. El primero de los citados artículos como ya se ha dicho precedentemente, señala que el Juez adoptará las providencias necesarias para proteger

¹¹³ Al respecto los recurrentes sostuvieron “que el huevo fecundado que es el embrión, es una célula viva, en la forma original y primera del ser humano, con un material genético único y distinto de sus progenitores destinado, desde ese momento, a dar origen a un ser humano”. Afirmaron que, desde el instante en que el óvulo recibe al espermatozoide, la totalidad de la información necesaria y suficiente se encuentra reunida en ese huevo y todo está escrito para ser un hombre que, nueve meses más tarde, podremos identificar plenamente. Después de la fecundación a ese huevo fertilizado no entrará ninguna otra información genética. En aval de su postura, argumentaron que muchos países consideran en su legislación que el momento de la concepción es el punto de partida desde el cual debe protegerse la vida humana y que, desde ese momento, merece ser protegido por el ordenamiento jurídico. En contraposición a lo expuesto por los recurrentes, la parte requerida sostuvo que aceptan que uno de los posibles efectos del medicamento referido, administrado después de una relación coital sin protección, es la de evitar el proceso de implantación del óvulo fecundado en el útero de la madre, lo que ocurre dentro de unos 5 a 7 días después de la fecundación, puesto que su administración produce una alteración o modificación en la respuesta del endometrio a las hormonas sexuales, haciéndolo menos apto o impidiendo su implantación. Para fundamentar lo dicho, señalaron que en “su decisión para aceptar el fármaco con contenido de la droga Levonorgestrel en la calidad de “contraceptivo de emergencia” o “la píldora del día siguiente” como comúnmente se le conoce, [los requeridos] citaron una definición operativa de la Organización Mundial de la Salud y otra de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia que señalan que el embarazo comienza cuando el huevo fecundado se implanta en la pared uterina y que, el aborto inducido, es el término del embarazo después de ocurrida la implantación. Considerandos 10 y 11°.

¹¹⁴ Id. Considerando 16°.

¹¹⁵ Id. Considerando 17°.

¹¹⁶ Id. Considerando 18°.

la vida del no nacido, y el segundo de ellos señala que esta protección debe darse desde la concepción, estableciendo una presunción de derecho para determinar el día u oportunidad en que se produjo, sin hacer otro cálculo ni descontar tiempo alguno, referido a la anidación del producto de la concepción ni a ningún otro fenómeno que pudiese producirse con posterioridad a la fertilización del ovocito por el espermatozoide.”¹¹⁷

Para finalizar con su argumentación jurídico-científica, el máximo Tribunal concluyó: “Que cualquiera que hayan sido los fundamentos y consideraciones que tuvieran en vista las autoridades recurridas para autorizar la fabricación y comercialización del medicamento denominado *Postinal* con contenido de 0,75 mg de la hormona síntesis *Levonorgestrel* uno de cuyos posibles efectos es el de impedir la implantación en el útero materno del huevo ya fecundado, esto es, del embrión han incurrido en una ilegalidad puesto que tal efecto es a la luz de las disposiciones constitucionales y convenciones analizadas precedentemente, sinónimo de aborto penalizado como delito en el Código Penal y prohibido aún como terapéutico en el Código Sanitario.”¹¹⁸

En definitiva, la Corte Suprema optó por la interpretación dominante en la doctrina nacional y comparada, reconociendo como persona al embrión humano, desde el momento de la concepción. Si a esto se suma, que reconoce abiertamente que la Constitución consagra el derecho a la vida del que está por nacer en los mismos términos que para los nacidos, es evidente que un recurso de esta naturaleza iba a ser concedido, ya que la actuación que figuró como arbitraria e ilegal, permitía, en opinión de la Corte Suprema, que en el país circulase una droga que impedía el desarrollo del embrión, mediante el impedimento de su anidación en el útero materno.¹¹⁹

5. 6. Una nueva reclamación contra la píldora.

El 10 de octubre de 2001, los abogados patrocinantes de los recurrentes en el recurso de protección contra el Instituto de Salud Pública, denunciaron al pleno de la Corte Suprema que, a pesar de haberse acogido el citado recurso, era de público conocimiento que fármacos con exacta composición que aquellos cuya fabricación y comercialización fue prohibida, estaban a disposición del público en las farmacias del país. Asimismo, reclamaron que el fármaco *Postinor-2* del laboratorio Grünenthal había sido autorizado por el Instituto de Salud Pública, con fecha de 23 de agosto de 2001, cuando existía una

¹¹⁷ Id. Considerando 19°.

¹¹⁸ Id. Considerando 20°.

¹¹⁹ Cabe señalar que la sentencia contó con los votos disidentes de los Ministros Yurac y Kokisch, quienes fundamentaron su voto en contra en que el recurso de protección no es la vía más idónea para resolver lo planteado por los recurrentes, siendo su resolución propia de un juicio declarativo, donde se establezca la naturaleza de la píldora y su modo de actuar en embriones humanos. Asimismo plantearon que no es admisible que el Tribunal entre a proteger un derecho amenazado *prima facie*, dejando para el futuro una controversia más extensa, aún cuando a primera vista parezca verosímil la amenaza de éste.

orden de no innovar y se encontraba pendiente el fallo de segunda instancia del recurso. En función de lo expuesto, pidieron a la Corte Suprema que se restableciese el imperio de Derecho, ya que la autoridad en cuestión no habría cumplido con el fallo de la Corte Suprema que acogió el recurso.

La Corte de Apelaciones, por mandato de la Corte Suprema, declaró no ha lugar lo pedido, ya que el recurso en cuestión tenía por objeto dejar sin efecto un preciso y singular acto administrativo, esto es, la resolución N° 2141 de 21 de marzo de 2001 del Instituto de Salud Pública, y no se pronunció en términos generales y absolutos prohibiendo la circulación y comercialización de fármacos con contenido de la droga *Levonorgestrel* en dosis de 0,75 mg. A esto, sumado que en virtud del artículo 3° del Código Civil, las sentencias sólo poseen fuerza obligatoria respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren, no puede otorgarse un efecto extensivo al recurso de protección aludido respecto de la resolución N° 7224, que concedió el Registro Sanitario al fármaco *Postinor-2*.

En este orden de cosas, la Corte Suprema en voz de la Corte de Apelaciones, dio a entender que, pese a que una formulación se considera abortiva, sería necesario interponer un recurso contra cada una de las concesiones del Registro Sanitario que entregue el Instituto de Salud Pública, ya que de lo contrario se procederá de igual forma a la analizada. Así, dejó como única posibilidad que los recurrentes centren el recurso en la prohibición total de las formulaciones a base de 0,75 mg de *Levonorgestrel*, por ser abortiva, cuestión que definitivamente, y como lo señalaba la opinión disidente en el fallo del recurso, es materia de un juicio declarativo.

5. 7. Resolución del 20° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago

El vigésimo juzgado de Santiago, el 31 de julio de 2004, tuvo la ocasión de pronunciarse acerca de una nueva contienda judicial a que dio lugar un fármaco con composición de *Levonorgestrel*, en dosis de 0,75 mg. En este sentido, fue la Asociación Gremial de Estudiantes Secundarios (AGES), quien interpuso una demanda civil contra el Instituto de Salud Pública por haber autorizado la comercialización del fármaco *Postinor-2*, el que está compuesto por la controvertida fórmula.

Los recurrentes, en este caso, sostuvieron que la autorización era nula de derecho público, porque contravenía disposiciones constitucionales como el artículo 6 y 19 N° 1 de la Constitución; el primero, por haberse atribuido el Instituto de Salud Pública facultades de las que carece; y, el segundo, por haber contravenido la protección que entrega el inciso segundo del artículo en cuestión, al que está por nacer.

El ISP, por su parte, se defendió señalando que la fórmula indicada no era abortiva, sino que contraceptiva; es decir, actúa como anticonceptivo de emergencia, por lo que difícilmente se podía poner siquiera en peligro la vida del que está por nacer.

El tribunal pretendió hacer un raciocinio científico-jurídico y no valórico, por lo que

pidió peritajes a diversos médicos y científicos que pudiesen ser expertos en este tema, pero con una limitación: no podían ser personas que tuviesen figuración en los medios de comunicación, ya que éstos tenían una opinión previamente definida respecto del tema de cuando comienza la vida y de cuáles son los reales efectos de la composición de *Levonorgestrel* en 0,75 mgs.

Una vez realizados los peritajes, el tribunal llegó a la conclusión de que, recogiendo la evidencia científica disponible, no existe acuerdo sobre los efectos del *Levonorgestrel* en el útero, así como tampoco se conocen las secuelas que podría traer, tanto para la madre como para el embrión engendrado.

Según la resolución, existiría una grave presunción jurídica de que el suministro del medicamento es "un atentado a la vida del *nasciturus* (del que está por nacer), al derecho de la igualdad y de la salud física de la madre".

La resolución, asimismo, recogió los argumentos dados por la Corte Suprema en 2001, donde afirmó que el fármaco podría tener efectos microabortivos, por lo que suspendió la venta de *Postinal*.

En definitiva, estimó sobre argumentos científicos y no valóricos que el del ISP al autorizar un medicamento que no resguarda a la vida, sino que atenta contra ella, comete una acción que es nula de Derecho Público.¹²⁰

Cabe señalar que, al momento de redactarse este trabajo, la resolución se encontraba en apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago respecto de la cual aún no se ha pronunciado.

5. 8. Jurisprudencia Administrativa sobre el derecho a la vida del que está por nacer

La jurisprudencia administrativa nacional también ha tenido oportunidad de referirse al tema del derecho a la vida del que está por nacer, evidentemente, sin la extensión con que lo han hecho los tribunales judiciales, pero no por ello con menor interés. Es así como es posible encontrar, al menos, dos dictámenes donde la Contraloría General de la República se ha pronunciado al respecto.

El primero de estos casos corresponde a la consulta que en 1992 el Servicio Nacional de Menores presentó a la Contraloría, acerca de si era factible realizar un convenio para la ejecución de acciones de protección de menores en su etapa prenatal, con el objeto de otorgar el correspondiente financiamiento a un proyecto que le había

¹²⁰ La información acerca de esta resolución fue elaborada mediante el dossier de la Revista de Estudios Públicos N° 95 (invierno) 2004, ya que al haber intentado conseguir copia de ésta en el vigésimo tribunal de Santiago se me negó el acceso al expediente por no ser parte y por encontrarse éste en custodia, y al solicitar audiencia con el magistrado para hacerle ver que se trataba de una investigación jurídica sobre el tema se me negó también la audiencia, adelantándoseme que no conseguiría copia de la resolución porque "se trata de un tema muy delicado que no cualquier persona puede conocer".

sido presentado por el Movimiento Anónimo por la Vida, corporación de derecho privado en defensa de la vida del que está por nacer.

La consulta del Servicio Nacional de Menores decía relación con el alcance que debía dársele al concepto de “menor”, ya que el artículo 26 del Código Civil, en aquella fecha, lo definía como “el que no ha llegado a cumplir 21 años”, por lo cual, y en consideración al artículo 74 del mismo Código, de sólo entenderse como “menor” a aquél que ha nacido y aún no cumple 21 años de edad, el Servicio Nacional de Menores era incompetente para poder llevar a cabo un convenio de esta naturaleza, donde el objeto principal es la protección de los no nacidos. No obstante lo anterior, el mismo Servicio hizo ver a la Contraloría que del contexto del ordenamiento jurídico nacional era posible desprender que también era factible considerar como “menor” al concebido no nacido, quedando dentro de la competencia de la ley del Servicio Nacional de Menores cuando éste se encontrase en una situación de riesgo social.

El análisis del dictamen de la Contraloría comenzó indicando que como a ningún otro organismo de la administración del Estado se le había entregado esta tarea, no existía conflicto de competencia alguno entre organismos estatales, si el Servicio Nacional de Menores asumía esta función.

En cuanto a los argumentos sustanciales, la Contraloría hizo referencia expresa a la Constitución, específicamente a su artículo 19 N°1, el cual protege la vida del que está por nacer, realizando un mandato expreso a la ley para que sea ésta quien dispense dicha protección, siendo, asimismo, “una necesidad pública y, por ello, es tarea del Estado contribuir a su satisfacción a través de los órganos y procedimientos pertinentes”¹²¹. En este mismo orden de cosas, señaló que los fines de protección y asistencia del Servicio Nacional de Menores, los cuales aparecen de manifiesto en su ley, no pueden quedar restringidos por la noción civilista de “menor”, ya que ésta “está esencialmente ligada, en el marco del derecho privado, al régimen jurídico de las relaciones patrimoniales y de familia, del todo ajeno a la regulación de una actividad administrativa asistencial como la que interesa”.¹²²

La Contraloría terminó concluyendo: “(...)dada precisamente la naturaleza protectora (sic) de las normas que rigen las funciones del Servicio Nacional de Menores, forma parte de la competencia de éste la ejecución de acciones que, como las que se refieren a la asistencia del que está por nacer, precaven las situaciones de riesgo que ese organismo está directamente llamado a remediar”.¹²³

Al analizar el dictamen de la Contraloría es posible apreciar que ésta se distanció de un posible reenvío de normas interpretativas al Código Civil cuando se trata de dilucidar el alcance del concepto “menor”, en lo referente a la coordinación exigida al momento de determinar si el Servicio Nacional de Menores era competente para realizar acciones a favor del que está por nacer, el que, y mediante el articulado del Código Civil, no cabría

¹²¹ Contraloría General de la República. Dictamen N° 14.542 del 15 de junio de 1992.

¹²² Id. Supra 120.

¹²³ Id.

dentro del concepto “menor”. Esto posee gran importancia al mirarse desde la perspectiva del Derecho Administrativo, ya que habría un reconocimiento implícito de que, al momento de llevar a ejecución por parte de los organismos del Estado los mandatos legales y/o constitucionales, es necesario distinguir, si el alcance del mandato es meramente orgánico; o bien, si es sustancial, en cuyo caso la Contraloría optó por aplicar una interpretación teleológicamente acorde con la Constitución. Tal sería el caso de entender que la interpretación del concepto “menor” no puede ser entregada por completo al Código Civil, debiendo obtenerse la interpretación del concepto de acuerdo a las finalidades de los derechos garantizados por la Constitución.

En 1995, surgió un segundo dictamen en el que la Contraloría se pronunció acerca del derecho a la vida del que está por nacer. En esta ocasión, la consulta decía relación con la forma en cómo las madres que habían sufrido la interrupción de su embarazo, como consecuencia de violencia ejercida en su contra, podían acreditar ser beneficiarias de la pensión mensual de reparación, de acuerdo a lo establecido en la ley 19.123.

Al respecto, la Contraloría dictó que, cuando el artículo 19 N°1 de la Constitución dispone que la ley protege la vida del que está por nacer, hace “(...)imperativo para el legislador observar las reglas destinadas a amparar a quien, no obstante no haber nacido, constituye una persona en gestación”¹²⁴. Prosiguió argumentando que el artículo 5°, inciso 2° de la Constitución, obliga a complementar tales medidas con las normas que se encuentran en Tratados Internacionales, específicamente, para este caso, el Pacto de San José de Costa Rica, concluyendo que “el nonato debe ser considerado como persona para los fines en comento, de modo que, entonces, si la vida de un ser en gestación ha sido interrumpida en las circunstancias previstas en la ley 19.123, éste debe ser estimado como causante de los beneficios que esta norma regula”¹²⁵, comprendiéndose, de este modo, que el concebido no nacido fue el causante del beneficio y la madre, la beneficiaria de la prestación prevista por la ley 19.123.

En este caso es posible observar algo similar a lo ya comentado acerca del dictamen N° 14.542, y dice relación con la manera en como la Contraloría interpreta los conceptos jurídicos cuando estos dicen relación con derechos fundamentales. En este caso, el concepto “persona” se interpretó de un modo amplio, sin restringirse a los conceptos civilistas, acorde con la opinión dominante de la doctrina nacional, y que se sustenta jurídicamente en el reenvío que hace el artículo 5°, inciso 2°, a los Tratados Internacionales; en la especie, el Pacto de San José de Costa Rica, el que en su artículo 4.1 reconoce la personalidad desde el momento mismo de la concepción.

¹²⁴ Contraloría General de la República. Dictamen N° 25.403 del 21 de agosto de 1995.

¹²⁵ Id.

CAPÍTULO VI. JURISPRUDENCIA COMPARADA

6. 1. Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica sobre el caso *Roe versus Wade*. 410 US 113 (1973)

El año 1969 una mujer en Texas, Norma McCorvey, intentó poner fin a su embarazo de forma voluntaria, ya que al ver cómo su matrimonio fracasaba no deseaba seguir con aquel embarazo. Sin embargo, se encontró con que la ley de Texas consideraba como delito los términos anticipados de los embarazos, a menos que se tratase de aquellos casos en que la vida de la madre se viera puesta en serio peligro de continuar con éste.

Fue así como, con el nombre de Jane Roe, interpuso una acción, desafiando a la ley de Texas por considerarla inconstitucional, sustentando que violaba su derecho a la libertad personal asegurado por la enmienda número 14, y asimismo, que violaba su derecho a la intimidad, consagrado en el *“Bill of Rights”* estadounidense.

La cuestión constitucional que surgió era evidente. ¿Estaba la ley de Texas violando los derechos que la demandante alegaba? Ante esto, Roe se vio ante una doble dificultad

previa. Ésta decía relación con que la ley de Texas, como la de otros estados de la Unión, tenían leyes que penalizaban el aborto, la mayoría de ellas del siglo diecinueve, las que no tenían en cuenta, como objetivo de la ley, a las mujeres que necesitasen realizar un aborto, sino que contemplaba más bien una sanción para aquellos individuos que lo realizasen, cuestión que pudo dejar a Roe en una situación de no estar legitimada para interponer la acción. En segundo lugar, si Roe había dado a luz o había pasado la etapa de embarazo en el cual el aborto se hubiese podido realizar de forma segura, el caso podría haber sido declarado irrelevante por los tribunales estadounidenses.

La acción fue vista en la “*Fifth Circuit Federal Court*” con el doble objetivo por parte de la demandante, de que fuese declarada inconstitucional la ley tejana sobre aborto, y que se competiese al Estado en cuestión a que detuviese el cumplimiento de esta ley que pretendía ser declarada inconstitucional.

Después de la revisión de los argumentos de ambas partes, en lo relativo al alcance de las libertades fundamentales establecidas por la primera, novena y decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos ¹²⁶, la Corte estableció, en definitiva, que la ley era inconstitucional en los términos de la enmienda número 14, pero desestimó ordenar al Estado de Texas que dejase de cumplir esta ley. La demandante decidió apelar directamente ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, esta vez, a través de una *class action*, en la que no sólo figuraba como demandante Jane Roe, sino una serie de personas y organizaciones que pretendían se declarasen inconstitucionales las leyes de aquellos estados que penalizaban el aborto. ¹²⁷

Uno de los principales argumentos de la demandante ante la Corte fue que las decisiones sobre tener o no un hijo eran de entero interés privado de las mujeres y de las parejas en su caso, no siendo posible que el Estado ¹²⁸ interfiriera sin producir una limitación al derecho que le asiste a cada persona a desarrollar libremente su propia vida. Otro argumento que esbozó la recurrente fue que el Estado no puede hacer titular de derechos al feto y, por tal, no puede otorgarle tutela jurídica, ya que la Constitución, tal cual se lee, reconoce derechos desde el nacimiento y no desde la concepción. De lo que surge la consecuencia de que sólo los nacidos son personas y por ende, ciudadanos.

¹²⁶ Las citadas enmiendas establecen: Primera Enmienda: “El Congreso no aprobará ninguna ley con respecto al establecimiento de religión alguna, o que prohíba el libre ejercicio de la misma o que coarte la libertad de palabra o de prensa; o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar del Gobierno la reparación de agravios”. Novena Enmienda: “La inclusión de ciertos derechos en la Constitución no se interpretará en el sentido de denegar o restringir otros derechos que se haya reservado el pueblo”. Decimocuarta Enmienda. Sección 1: “Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del estado en que resida. Ningún estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún estado privará a persona alguna de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley, ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes”.

¹²⁷ Las organizaciones que actuaron como *amicus curiae* fueron: the American College of Gynecologists and Obstetricians, the New York Academy of Medicine, Planned Parenthood, and the California chapter of the National Organization for Women.

¹²⁸ Cabe señalar que cuando se habla de Estado se está haciendo referencia al concepto inglés de *Government*.

La defensa, en tanto, planteó el hecho de que la demandante debería a la fecha haber terminado su embarazo, con lo cual quedaba deslegitimada para accionar en contra del estado de Texas. Ante esta aseveración, la Corte cuestionó el hecho de que si la demandante por el hecho de haber dado a luz ya no se encontraba legitimada para demandar, cómo podría una mujer embarazada exigir la revisión de una ley que ella considera limitante de sus derechos. La respuesta dada por la defensa fue que hay situaciones en que sencillamente no había remedio, como ésta, pero que consideraba que el derecho a elegir de Roe estuvo presente antes de que ella quedase embarazada, insistiendo la defensa que fue aquí donde tuvo su oportunidad de elegir, ya que una vez que el niño ha nacido no hay elección posible, entendiéndose que el embarazo es también una opción.

La Corte cuestionó a la defensa, en relación a porqué los Estados nunca han enjuiciado a las mujeres que se han realizado un aborto, cuando, en función de sus argumentos, esto sería un asesinato. Asimismo, la Corte hizo ver de porqué los fiscales que han debido enjuiciar a los médicos que han realizado abortos ilegales lo han hecho por el cargo de asesinato ordinario y no con el cargo de asesinato premeditado.

Finalmente, la Corte exigió que la defensa definiese, en el concepto del Estado de Texas, cuándo la vida comienza, frente a lo que la respuesta de la defensa fue: “No se sabe –señor Juez- hay respuestas incontestables en esta materia”.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, después de las alegaciones de las partes, en voto de mayoría, decidió no sólo dar la razón a Roe sino que modificó por completo el estatuto jurídico con que debía regularse el aborto en la Unión, siendo el Juez Blackmun el redactor de esta opinión, quien comenzó haciendo una revisión de las leyes que penalizaban el aborto en los Estados Unidos, para luego establecer que las leyes que regulan la materia son casi todas del siglo diecinueve y tenían por objeto proteger a la mujer de procedimientos que, en esa época, eran altamente riesgosos para su salud. Sin embargo, este objetivo ya no es válido actualmente, en el entendido de que los abortos son tan seguros e incluso más seguros que los partos para las mujeres.¹²⁹

Blackmun, antes de entrar en el punto central de su argumentación, hizo una reflexión acerca del derecho a la privacidad, determinando que, ya sea esté reconocido en la enmienda decimocuarta acerca de la libertad personal y de los límites a la acción estatal; o bien, sea reconocido en la novena enmienda dentro de la reserva de derechos a las personas, ambos sirven de argumento suficiente para que una mujer tome la decisión de terminar con su embarazo.¹³⁰

En cuanto al reclamo del Estado de Texas, de cómo se hace posible la protección pre-natal sin infringir los derechos de Roe, el juez Blackmun sostuvo que, al examinar la Constitución, para ver si los Padres Fundadores tuvieron la intención de incluir la vida pre-natal, cuando al redactar el texto constitucional utilizaron la palabra persona, concluyó que no encuentra ninguna posibilidad de aplicación pre-natal, de lo que se desprende que la palabra persona utilizada en la enmienda decimocuarta no incluye a los

¹²⁹ 410 US 113 (1973) Pág. 130.

¹³⁰ 410 US 113 (1973) Pág. 153.

no nacidos.

Blackmun, ante la dificultad de determinar cuándo comienza la vida humana, hizo una revisión acerca de las distintas disciplinas que han intentado llegar a esta conclusión, pero que en ningún caso hay evidencia de un consenso claro, por lo que estimó que en sede judicial no se está en posición de especular acerca de la respuesta adecuada. Asimismo, hizo ver que dentro de los credos existentes en Estados Unidos no hay una definición unánime. Por un lado, los católicos entienden que la vida comienza en la concepción, pero, en el otro extremo, está el credo judío que entiende que la vida, o bien la persona, comienza con el nacimiento. En lo relativo a los credos protestantes existen algunos que están a favor de una y otra postura. Por tal, y en vista del no acuerdo, la Corte, según Blackmun, no puede aceptar que, adoptando una de las teorías que se exponen para determinar cuándo comienza la vida, Texas no reconozca a la mujer embarazada sus derechos que están en juego.¹³¹

Al continuar con su exposición, el juez Blackmun sentenció que ni la protección estatal al feto ni el derecho a la privacidad de la mujer son absolutos. En este sentido, expresó: "Estos intereses son separados y distintos. Cada uno crece en substancialidad en cuanto la mujer se acerca al final del embarazo y, en un punto de éste, cada uno pasa a ser "apremiante".¹³²

Finalmente Blackmun delineó la fórmula en cómo deben balancearse estos dos intereses: esta fórmula se desarrolla en plazos trimestrales, siendo el primer trimestre donde la mujer tiene el mayor grado de libertad, ya que puede adoptar la decisión de abortar sólo obstando el hecho de que debe consultar el consejo de un médico para poder realizar dicha acción. En el segundo trimestre, el Estado puede regular los procedimientos abortivos de forma razonable teniendo en cuenta la salud de la madre; y, finalmente, en el tercer trimestre, donde se hace efectiva la viabilidad del feto, el Estado puede regular, incluso prohibir el aborto, a menos, que mediante un dictamen médico se determine que el aborto es necesario para preservar la vida o la salud de la madre.¹³³

6. 2. La jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 23/81. Caso 2141 contra los Estados Unidos de América

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en innumerables ocasiones acerca de la protección al derecho a la vida, pero ésta siempre ha sido desde

¹³¹ 410 US 113 (1973) Pág. 162.

¹³² 410 US 113 (1973) Pág. 162. La cita en el original dice: *These interests are separate and distinct. Each grows in substantiality as the woman approaches term and, at a point during the pregnancy, each becomes "compelling."*

¹³³ 410 US 113 (1973) Págs. 162-164.

la perspectiva de las ejecuciones sumarias y torturas con resultado de muerte. Sin embargo, jamás ha tenido la ocasión de pronunciarse acerca de si este derecho alcanza a los que están por nacer.

En lo referente al tema de la protección del derecho a la vida de los que están por nacer, quien sí se ha pronunciado es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y lo ha hecho sólo en una oportunidad: en virtud del caso 2141, en el que los acusados fueron Estados Unidos de Norteamérica y el Estado de Massachusetts al amparar legislación que significa un permiso para la realización de abortos. De este caso, emanó la resolución 23/81.

Los recurrentes, *Catholics for Christian Political Action*, sostuvieron ante la Corte que la violación por la que se hace el reclamo es la privación de la vida de un niño varón, antes del término normal de gestación, llamado “baby boy”, quien resultó muerto por una histerectomía realizada en el *Boston City Hospital* en Boston, Massachussets, entre otros.

Esta privación de la vida de “baby boy” se logró producto de las decisiones que la Corte Suprema, en representación de los Estados Unidos de Norteamérica, emitió con ocasión de los casos *Roe versus Wade* y *Doe versus Bolton* en 1973, las que al poner fin a la protección jurídica de los niños no natos preparó el camino para privar a éstos de su derecho a la vida. Estas resoluciones, sostuvieron los recurrentes, constituyen en sí mismas una violación al derecho a la vida; y, por tanto, Estados Unidos violaba el artículo I del capítulo I de la Declaración Americana de Derechos Humanos.¹³⁴

Por su parte, el gobierno de los Estados Unidos, dividió en tres partes su respuesta, en la que pretendía demostrar que no había transgredido en forma alguna la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En primer lugar, Estados Unidos de Norteamérica argumentó que, con respecto al derecho a la vida reconocido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, se rechazó cualquier redacción que tuviese por objeto ampliar la protección del derecho a la vida a los que están por nacer, ya que el proyecto sometido a discusión fue el propuesto por el Comité Jurídico Interamericano y cuya redacción fue rechazada. Ésta, expresaba: “Toda persona tiene derecho a la vida, inclusive los que están por nacer, así como también los incurables, dementes y débiles mentales.”¹³⁵ La Conferencia, finalmente, resolvió adoptar una declaración mucho más simple que no contemplase a los nonatos y prefirió vincular esta protección a una referente a la libertad y seguridad de la persona, por lo que difícilmente se puede desprender que la

¹³⁴ El caso específico llevado a la atención de la comisión es el de “baby boy”, nombre dado al feto extraído por el Dr. Kenneth Edelin cuando ejecutó la operación de aborto en Boston el 3 de octubre de 1973. El Dr. Edelin fue procesado por homicidio no premeditado por ese aborto y condenado a raíz del juicio. La Corte Suprema Judicial del Estado de Massachussets anuló la condena ordenó el registro de un dictamen de absolución el 17 de diciembre de 1976. La Corte decidió que las pruebas eran insuficientes para llevar a un jurado una cuestión de alcance tan vasto como la del si el Edelin era o no culpable, por lo cual concedió el veredicto de absolución. Esta resolución era apelable ante la Corte Suprema de los Estados Unidos pero el plazo para aquello venció sin que se dedujese acción alguna por lo que la única alternativa era recurrir ante la Corte Interamericana de Justicia.

¹³⁵ Novena Conferencia Internacional Americana. Actas y Documentos. Vol.V. Pág. 449 (1948).

Declaración incorporó la noción de que exista un derecho a la vida desde la concepción.

En segundo lugar, Estados Unidos de Norteamérica sostuvo como argumento que, pese a que la Convención Interamericana de Derechos Humanos es una complementación de la Declaración de Bogotá, estos son instrumentos que existen en planos jurídicos diferentes y deben analizarse por separado, en el sentido de que ésta es una declaración de los derechos básicos que se reconocen por los Estados Americanos y fue aprobada por la unanimidad de éstos en aquel momento. Sin embargo, la Convención es un tratado por lo que sólo es vinculante para aquellos Estados que la hubiesen firmado, entre los cuales, al momento de la reclamación, no se encontraba Estados Unidos.

En función del mismo argumento, Estados Unidos solamente se encontraría obligado a cumplir con lo establecido en la Declaración de Bogotá y, en ésta, no se encuentra exactamente consagrado el derecho que los recurrentes dicen que la Corte Suprema de los Estados Unidos violó. De tal manera que la única forma de llegar a esa conclusión era fundarse en la vaguedad de la redacción que propuso el Comité Jurídico Interamericano, la que permitiría una laxitud en el modo en cómo ésta pudiese ser interpretada.

Finalmente, y pese a que consideraba que no venía al caso por no ser obligatoria la Convención Interamericana de Derechos Humanos para Estados Unidos, éste se pronunció acerca del alcance del derecho a la vida reconocido en aquélla. Al respecto, dejó en claro que, si bien es cierto que la redacción señala: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida, este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”¹³⁶, no es menos cierto que en la segunda sesión plenaria de la Conferencia de San José, las delegaciones de Brasil y Estados Unidos consignaron en actas que la interpretación que ellos daban, decía relación con que se deja a la discreción de los Estados Miembros el contenido de la legislación acerca de la protección del que está por nacer, de acuerdo a su propio desarrollo social, experiencia y factores similares.¹³⁷ Y, en este sentido, cuando se abordó en definitiva la cuestión del aborto se llegó a una doble conclusión, por parte de la Conferencia Especializada. En primer término, la frase “en general” debe entenderse que deja abierta la posibilidad de que los Estados Partes incluyan en su legislación doméstica “los casos más variados de aborto”, dando a demostrar que no es una declaración de carácter absoluto sino más bien una recomendación no obligatoria. En segundo lugar, la Conferencia entendió que la expresión final del artículo en cuestión que se enfoca en las privaciones arbitrarias de la vida, debe vincularse con el aborto sólo en aquellos casos en que éste es practicado sin causa substancial.¹³⁸

En cuanto a la alegación por parte de los peticionarios en contra de dos decisiones precisas de la Corte Suprema de los Estados Unidos, a saber *Roe versus Wade* y *Doe versus Bolton*, el gobierno estadounidense señaló que, más que ser decisiones arbitrarias

¹³⁶ Artículo 4.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

¹³⁷ Conferencia Especializada Americana sobre Derechos Humanos. Acta de la Segunda Sesión Plenaria. OEA.

¹³⁸ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. OEA/Ser.K/XVI/1.2. Pág. 159.

que privan del derecho a la vida a los que aún no han nacido, lo que hacen es establecer directivas constitucionales para que las leyes estatales regulen los abortos y éstas no fueron dictadas bajo ningún punto de vista de manera arbitraria. Asimismo, ante el argumento de que al reconocer el derecho constitucional a abortar de la mujer dejó sin protección posible a los fetos en gestación, Estados Unidos respondió que esto no puede entenderse como una sanción arbitraria a la muerte de los fetos, porque sencillamente la Corte Suprema no hizo eso, sino que estableció que, si bien existe un derecho a la intimidad que debe ser respetado, y en virtud de éste, la mujer puede decidir acerca de sus estados de gravidez, este derecho reconocido no es de carácter absoluto, ya que existe un interés apremiante que permite limitar su ejercicio y, en este caso específico, es la vida y viabilidad de los no nacidos. Por lo tanto, la mujer no tiene derecho a dar término a su embarazo en cualquier momento, de cualquier modo y por cualquier razón que le parezca adecuada. Y es, así, como la Corte Suprema de Estados Unidos declaró que quien debía limitar este ejercicio eran las legislaciones estatales válidas y aprobadas, en conformidad a la directiva constitucional que ella misma dictó ¹³⁹, por lo que no es posible argumentar que el Tribunal Máximo estadounidense haya sancionado a muerte a los fetos en gestación.

Ante las distintas argumentaciones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos finalmente resolvió a favor de los Estados Unidos, con una votación de seis contra dos ¹⁴⁰, considerando que ni la Corte Suprema de los Estados Unidos ni la Corte Suprema Judicial de Massachusetts incurrieron en una violación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Esto se fundó en que el alcance del derecho a la vida, consagrado en dicho instrumento, en función de la escasa historia legislativa existente, bajo ningún punto de vista da a entender que lo que se pretendió fue establecer un derecho a la vida desde la concepción. Esto quedó demostrado con el rechazo de la redacción primitiva del artículo propuesto por el Comité Jurídico Interamericano. En el mismo orden de cosas, y pese a que a los Estados Unidos no le obligaba la Convención Americana de Derechos Humanos, tampoco se podría considerar que en base a ésta pudiese interpretarse de manera que abarcase la protección de la vida desde el momento de la concepción.

Como es posible apreciar, en la única ocasión que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca del tema de la protección del derecho a la vida de los que están por nacer, ésta reconoció que no se puede dar una interpretación que abarque desde la concepción en adelante, ya que esto no fue lo que los Estados Partes pretendían y porque, de ser así, traería consigo una serie de inconvenientes prácticos al quedar derogadas múltiples normativas domésticas

¹³⁹ Dos de estas directrices en este caso son: un sistema de plazos que no puede exceder de tres meses para la decisión exclusiva de la mujer de no proseguir con su embarazo, además de un plazo extra de otros tres meses donde la mujer solo puede abortar bajo un sistema de indicaciones. La segunda directriz dice relación con la obligatoriedad de una consulta ante un funcionario estatal que tiene por objeto poner a la mujer en conocimiento de la entidad del acto que pretende realizar.

¹⁴⁰ Concurrieron a la aprobación de esta resolución el Presidente de la Comisión Tom J. Farer, el segundo Vicepresidente Francisco Bertrand Galindo, y los miembros Carlos Dunshee de Arranches, Andrés Aguilar y César Sepúlveda. Votaron en contra los miembros Marco Monroy Cabra y Luis Demetrio Tinoco Castro.

que contravienen un principio de esta naturaleza.

6. 3. La Sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional Español

En julio de 1985 fue aprobada en España la Ley Orgánica 9/1985, que reformó el Código Penal, introduciendo el artículo 417 bis, sobre despenalización parcial del aborto.¹⁴¹

Esta ley, sobre despenalización del aborto, generó en sus fases legislativas la inmediata reacción de un grupo de parlamentarios españoles,¹⁴² quienes la impugnaron ante el Tribunal Constitucional, ya que, en opinión de ellos, vulneraba la garantía constitucional del artículo 15 de la Constitución española, en el sentido de que la expresión “todos” que emplea el citado precepto hace extensiva la garantía no sólo a las personas; sino, también, a aquellos que estando concebidos no han nacido.¹⁴³

La sentencia del Tribunal Constitucional español, al tratar esta impugnación de constitucionalidad de la Ley Orgánica 9/1985, se pronunció sobre dos aspectos fundamentales, a saber: la existencia de un derecho a la vida del *nasciturus* y, de ser así, sobre la titularidad de éste. A este respecto, el Tribunal Constitucional español sostuvo: “Los recurrentes pretenden deducir tal titularidad, no sólo de los mencionados debates parlamentarios acerca del término “todos” del artículo 15, sino también de la interpretación sistemática de la Constitución, así como de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, a que se remite el artículo 10.2 de la Constitución para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades en ella reconocidos. No existen, sin embargo, fundamentos suficientes en apoyo de su tesis.

Por lo que se refiere a la primera, los mismos recurrentes reconocen que la palabra “todos”, utilizada en otros preceptos constitucionales (arts. 27, 28, 29, 35 y 47), hace referencia a los nacidos, como se deduce del contexto y del alcance del derecho que regulan, pero estiman que de ello no puede concluirse que ese mismo significado haya de atribuirse a dicho término en el artículo 15. La interpretación sistemática de éste ha de

¹⁴¹ Este artículo introducía un sistema de indicaciones acerca de la despenalización del aborto, cuando este era realizado por un médico. Estas indicaciones eran tres: de orden terapéutico (grave peligro para la vida o salud de la madre); ético (embarazo resultado de un hecho punible); eugenésico (presunción de malformaciones en el feto).

¹⁴² Recurso previo de inconstitucionalidad número 800/1983, interpuesto por José María Ruiz Galardón, comisionado por 54 diputados de las Cortes Generales, contra el texto definitivo del proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal.

¹⁴³ El artículo 15 de la Constitución española establece: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”

hacerse, a su juicio, en relación con otros preceptos constitucionales (arts. 1.1, 10, 14 39 y 49). Pero los mismos términos generales en que esta argumentación se desarrolla y la misma vaguedad de la conclusión a que llegan los recurrentes la convierte en irrelevante, por lo que se refiere a la cuestión concreta planteada de la titularidad del derecho a la vida que pueda corresponder al *nasciturus*.

En cuanto a la interpretación del artículo 15, en conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, lo cierto es que la versión auténtica francesa utiliza expresamente el término “persona” en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –al igual que lo hace la versión española- y en el artículo 2 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. Y, si bien el Tribunal de Derechos Humanos no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este extremo, la Comisión Europea de derechos Humanos, en su función relativa a la admisión de las demandas, sí lo ha hecho en relación al artículo 2 del Convenio en el asunto 8416/1979, en su decisión de 13 de mayo de 1989, poniendo de manifiesto por lo que se refiere a la expresión *everyone* o *toute personne* de los textos auténticos que, aun cuando no aparece definida en el Convenio, la utilización que de dicha expresión se hace en el mismo y el contexto dentro del cual se emplea el mencionado artículo 2 lleva a sostener que se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable al *nasciturus* (FF.JJ. 9º y 17º). Asimismo, al examinar el término “vida”, la Comisión se planteó en qué sentido puede interpretarse el artículo 2 en cuestión en relación al feto, aunque no llegó a pronunciarse en términos precisos sobre tal extremo por estimar que no era necesario para decidir sobre el supuesto planteado (indicación médica para proteger la vida y la salud de la madre), limitándose a excluir, de las posibles interpretaciones, la de que el feto pudiera tener un “derecho a la vida” de carácter absoluto (FF.JJ. 17º a 23º).¹⁴⁴

El Tribunal aseveró, después de este análisis: “En definitiva, los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al *nasciturus* le corresponda también la titularidad del derecho a la vida (...)”¹⁴⁵

En función de lo categóricamente expresado en la sentencia, se llega a la necesaria conclusión de que, constitucionalmente, en España, el *nasciturus* carece de titularidad del derecho a la vida, cuestión que no significa que dicho derecho no exista. Al respecto, en la sentencia en comento¹⁴⁶, el Tribunal Constitucional de España sostuvo que “(...) si la Constitución protege la vida (...), no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto encarna un valor fundamental –la vida humana- garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya

¹⁴⁴ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 53/1985 de 11 de abril de 1985. Fundamento Jurídico 6º.

¹⁴⁵ Id. Fundamento Jurídico 7º.

¹⁴⁶ Cabe señalar que con anterioridad el Tribunal Constitucional español se había pronunciado al respecto. Ver Sentencia 75/1984. Fundamento jurídico 6º.

protección se encuentra en dicho precepto fundamento constitucional(...).”¹⁴⁷

Una vez que reconoce la vida del concebido no nacido como un valor fundamental que debe garantizar la Constitución, el Tribunal Constitucional español explicó el modo en cómo debe funcionar esta garantía, indicando que: “(...) esta protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma (...)”.¹⁴⁸

De esta manera es posible apreciar cómo el Tribunal Constitucional español, mediante una fórmula ecléctica, reconoció la existencia de un derecho a la vida del que está por nacer, pero negándole la titularidad de tal derecho, correspondiéndole al Estado dicha titularidad.

6. 4. Sentencia de la England and Wales High Court (Administrative Court) sobre el caso John Smeaton en representación de la Society for the Protection of Unborn Child contra the Secretary of State for Health. [2002] EWHC 610 (Admin)

En Gran Bretaña, el año 2002, la *England and Wales High Court (Administrative Court)* tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de los argumentos de una asociación pro defensa de los niños aún no nacidos, llamada “*Society for the Protection of the Unborn Child*” (en adelante SPUC), que pretendía que la llamada “píldora del día después”, aprobada como anticonceptivo de emergencia, fuera prohibida por entender que ésta tenía efectos abortivos. Es así como la SPUC inició una demanda contra el Ministerio de Salud Británico.

Lo que causó el reclamo de la SPUC fue la aprobación de un estatuto del Ministerio de Salud, que permitía un suministro más libre de la “píldora del día después”, ya que ésta, en un comienzo, fue autorizada en el Reino Unido como medicamento, que sólo puede ser suministrado por prescripción médica, en el año 1984. Sin embargo, el estatuto del Ministerio de Salud Británico, llamado “*The Prescription Only Medicines (Human Use) Amendment (nº3) Order 2000/3231*”, el que entró en vigor el 1 de enero de 2001, sacó de la lista de medicamentos que requerían prescripción médica a la “píldora del día después”, ya que la evidencia médica demostraba que este fármaco era excepcionalmente seguro. Por lo tanto, el objetivo del Gobierno Británico era facultar a los farmacéuticos para que suministrasen el medicamento, sin necesidad de una receta

¹⁴⁷ Id. Fundamento Jurídico 5º.

¹⁴⁸ Id. Fundamento Jurídico 7º.

emitida por un facultativo médico.

Ante esto, la SPUC inició una reclamación en contra del estatuto, no sólo en cuanto a su legalidad; sino, más que eso, pretendió que se estableciese que la prescripción, suministro y uso de la píldora fuesen declarados completamente ilegales. De este modo, todas las mujeres que tomaran la píldora serían potenciales criminales, sujetas a una pena máxima de cadena perpetua si fuesen encontradas culpables, no siendo aceptable, para esta asociación, el argumento social de que prevenir un embarazo no deseado es preferible a tener un aborto.

El sustento legal del reclamo de la SPUC se basaba en la ley de ofensas contra la persona de 1861, la que prohíbe el aborto. El estatuto no usa el término aborto propiamente tal, sino que utiliza uno de carácter médico, pero que llega al mismo resultado.¹⁴⁹ Esta ley, en sus secciones 58 y 59¹⁵⁰, establecen claras prohibiciones en contra de cualquier maniobra, ya sea por parte de la mujer o de otro individuo, en torno a la provocación o intento de provocar un aborto, la que debe ser coordinada con la sección 1.1 de la ley de legalización parcial del aborto de 1964¹⁵¹, la que establece los criterios, en función de los cuales un aborto puede no ser considerado delito.

En el contexto médico, el argumento de la SPUC fue simple: el embarazo comienza con la concepción, en específico, cuando el óvulo es fertilizado por el espermio. La píldora, según la asociación, impide que un óvulo fecundado pueda implantarse en las paredes del útero materno. Por tanto, esto produce un aborto, encuadrándose este concepto de aborto dentro del establecido por la ley de 1861. De ello surge que sólo se podrían suministrar aquellos anticonceptivos que cumplieren con la ley de 1861, es decir, los que afectasen al óvulo, antes de la fertilización.

Los demandados argumentaron, por su parte, que para que un aborto ocurra es necesaria la implantación del óvulo en las paredes del útero. Así, sólo habría aborto cuando el producto de la concepción es expulsado del útero. Asimismo, mostraron

¹⁴⁹ Cabe señalar que la ley de 1861 hablaba de *miscarriage* no de *abortion*, aunque en términos médicos se puede decir que ambas tienen el mismo significado pese a que la traducción literal al castellano no hace de estos conceptos sinónimos.

¹⁵⁰ Sección 58: "Every woman, being with child, who, with intent to procure her own miscarriage, shall unlawfully administer to herself any poison or other noxious thing, or shall unlawfully use any instrument or other means whatsoever with the like intent, and whosoever, with intent to procure the miscarriage of any woman, whether she be or be not with child, shall unlawfully administer to her or cause to be taken by her any poison or other noxious thing, or shall unlawfully use any instrument or other means whatsoever with the like intent, shall be guilty of felony". Sección 59: "Whosoever shall unlawfully supply or procure any poison or other noxious thing, or any instrument or thing whatsoever, knowing that the same is intended to be unlawfully used or employed with intent to procure the miscarriage of any woman, whether she be or not be with child, shall be guilty of a misdemeanour."

¹⁵¹ Sección 1.1 de la ley sobre aborto de 1967 establece que los abortos serán legítimos cuando: a) *The pregnancy has not exceeded its 24th week and the continuance of the pregnancy would involve risk, greater than if the pregnancy were terminated, of injury to the physical or mental health of the pregnant woman or any existing children of her family;* b) *The termination is necessary to prevent grave permanent injury to the physical or mental health of the pregnant woman;* c) *The continuance of the pregnancy would involve risk to the life of the pregnant woman, greater than if the pregnancy were terminated;* d) *There is a substantial risk that, if the child were born, it would suffer from such mental or physical abnormalities as to be seriously handicapped.*

evidencia al juez acerca del proceso de embarazo y de las mecánicas con las que funcionan los métodos anticonceptivos de emergencia, además de textos médicos del siglo diecinueve y otros relativos a la historia de la anticoncepción.

El juez, ante esto, no aceptó como correcta la interpretación que la SPUC hacía del aborto, incluso viéndola desde el prisma del año 1861. De este mismo modo, certificó que los trabajos más recientes sobre la materia apoyaban fuertemente la idea de que un aborto se hace posible sólo después de la implantación.¹⁵²

Expertos médicos consultados, estuvieron de acuerdo que, una vez que el óvulo fecundado se ha implantado en el útero de la mujer, la píldora no puede expulsar al embrión de éste. Asimismo, establecieron que si se aceptase la idea de que previo a la implantación habría un embarazo, esto propondría una serie de conclusiones como, por ejemplo, de que 4.5 millones de mujeres al año en el Reino Unido serían potenciales criminales si el argumento de la SPUC fuera correcto. De hecho, si la contracepción de emergencia fuera prohibida, se tendría el resultado no deseado de elevar significativamente el número de abortos.

Otra curiosa consecuencia del argumento de la SPUC es que las mujeres que tomaran la píldora, suministrada por un farmacéutico, tendrían el riesgo de cometer una acción criminal bastante seria antes de que ellas puedan siquiera saber que están embarazadas, ya que los exámenes de embarazos sólo son efectivos después de que se verifica la implantación.

En cuanto a las conclusiones del Juez Munby, éste rechazó los argumentos de la SPUC, aceptando las visiones de los expertos médicos, en el sentido de que aborto significa la terminación de un embarazo establecido y que este no es posible antes de la implantación. Asimismo, sostuvo que cualquiera haya sido el significado que se le haya querido dar a la palabra “aborto” que utiliza la ley de 1861, esto es irrelevante, ya que sólo interesa cuál es el significado que se le da hoy en día a la palabra en cuestión. En apoyo a su planteamiento, citó el caso de *R v. Dhingra* de 1991, en el cual el médico que suministró un dispositivo intrauterino fue declarado absuelto del cargo de suministro ilegítimo, ya que había puesto el dispositivo en la mujer con anterioridad a la implantación.

Finalmente, el juez Munby invocó el artículo 8 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que establece el derecho a no ser interferido por el Estado en la toma de decisiones privadas, ante lo que el juez realizó un apasionada plegaria por la libertad individual: “Habría algo en mi sentencia gravemente erróneo con nuestro sistema –por cual no sólo quiero decir nuestro sistema legal sino nuestro sistema por el cual nuestra política es gobernada en su totalidad- si un juez en el año 2002 se guiara por un estatuto de 141 años de antigüedad, el cual sostendría que, lo que han estado haciendo miles, cientos de miles, incluso millones de comunes, honestos, y decentes ciudadanos observantes de la ley por tantos años hasta ahora es ilegal y siempre lo ha sido(...)”.¹⁵³

¹⁵² [2002] EWHC 610 (Admin). Parágrafos 343 en adelante.

¹⁵³ [2002] EWHC 610 (Admin). Parágrafo 394.

El juez Munby, estableció que no podía ver en ninguna parte de la responsabilidad de la autoridad pública- más allá de la ley penal- que sea ésta quien diga a los adultos si ellos pueden o no usar dispositivos anticonceptivos, sean cuales sean, de acuerdo a lo que la autoridad estime conveniente. El juez estimó que las decisiones en asuntos tan intensamente personales y privados como usar o no anticonceptivos, o tipos particulares de anticonceptivos, son ciertamente asuntos que deberían ser dejados a la decisión libre de los particulares. Finalizando, con la siguiente frase: “Y, mientras reconozco que no he tenido ninguna discusión en este punto, no puedo dejar de pensar que la opción personal en materias de contracepción es parte de este “respeto por la privacidad y la vida familiar” protegidas por el artículo 8 de la Convención (Europea por la Protección de los Derecho Humanos y las Libertades Fundamentales)”.¹⁵⁴

6. 5. Sentencia de la Corte Europea de Derecho Humanos sobre el caso Vo contra Francia. (Recurso 53924/00)

El único caso en la Corte Europea de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre cuestiones relativas a la titularidad del derecho a la vida consagrado en el artículo 2 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales¹⁵⁵, se dio en 2004. Este caso es conocido como Vo contra la Republica de Francia, aunque cabe señalar que esta larga secuela comenzó en 1991, cuando una ciudadana francesa de origen asiático, llamada Thi-Nho Vo, llegó al hospital de Lyon, donde debía someterse a un examen de rutina programado, para los seis primeros meses de embarazo. Ese mismo día, otra mujer de origen asiático, llamada Thi Thanh Van Vo, fue al mismo hospital, con el objeto de que le removiesen un dispositivo intrauterino, el que había sido puesto en aquel centro médico. Al ser ambas de origen asiático y no dominar a la perfección el francés, ocurrió una confusión cuando fueron llamadas para sus distintas consultas y, al coincidir sus apellidos, fueron con los médicos incorrectos. Es así como en vez de recibir su control de rutina, el médico que examinó a Thi-Nho Vo perforó el saco amniótico de la reclamante en juicio, provocándole un aborto terapéutico, el que ella evidentemente no deseaba.¹⁵⁶

¹⁵⁴ [2002] EWHC 610 (Admin). Parágrafo 398.

¹⁵⁵ Este artículo establece: “1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por el tribunal al reo de un delito para el que la Ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima. b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente. c) Para reprimir, de acuerdo con la Ley, una revuelta o insurrección.”

¹⁵⁶ Consejo de Europa. Corte Europea de Derechos Humanos. Reclamación 53924/00. Caso Vo v. Francia. (2004). Págs. 2-4

La recurrente entabló una acción criminal en contra del facultativo por lesiones graves culpables, la que después derivó en una acusación por homicidio involuntario. Ante ello, la Corte Criminal de Lyon decidió en 1996 absolver de los cargos al médico por encontrar que no se configuraba el delito señalado. No obstante lo anterior, la recurrente apeló, siendo revocado el veredicto de la Corte Criminal de Lyon por el Tribunal de Apelación de la misma ciudad, condenando al facultativo por homicidio involuntario e imponiendo una sanción de suspensión del ejercicio de la profesión por seis meses más 10.000 francos franceses de la época.¹⁵⁷

Una vez llegado el caso a la Corte de Casación Francesa, ésta revocó la condena, ya que estimó que no se configuraba el delito de homicidio involuntario porque la sujeción pasiva no se encontraba determinada, en el sentido de que entendió la Corte de Casación que el feto no goza del derecho a la vida dispensado por la Convención Europea en su artículo 2, rehusando a considerar al feto como ser humano cuya vida se encontraba tutelada por el derecho penal, a través de la figura del homicidio.¹⁵⁸

Thi-Nho Vo, ante esta situación, recurrió a la Corte Europea de Derecho Humanos, al entender que las autoridades francesas estaban denegando justicia, al no querer proteger al *nasciturus* como sujeto que deba recibir tutela jurídica. Por ello, demandó a Francia ante la Corte, ya que consideraba que la República Francesa tenía una obligación de proteger penalmente este tipo de situaciones.

El razonamiento de la Corte tuvo dos primeros alcances en torno al rechazo del recurso. En primer lugar, el cuándo comienza la protección del derecho a la vida es una cuestión que deben decidir los Estados Partes en sede legislativa nacional, principalmente, porque la cuestión no fue aprobada con la mayoría de los estados firmantes, en este caso específico, Francia, donde no se ha hecho una declaración formal de cuándo debe protegerse este derecho, por ser un asunto que ha estado constantemente sujeto al debate público. En segundo lugar, porque, sencillamente, en Europa no ha habido un consenso legal ni científico acerca de cuándo comienza la vida.

En función de lo expresado por la Corte, ésta consideraba que quedaba claro de la jurisprudencia francesa y de las recientes discusiones del parlamento francés, en torno a incluir dentro de la normativa penal un delito culposo cuando se terminase un embarazo de modo negligente, de que el estatus legal del feto o embrión no estaba actualmente definido, y que esto sería entregado a una definición que pudiese surgir en el futuro del debate que se produzca en las variadas fuerzas sociales francesas. Asimismo, en Europa, no hay consenso acerca del estatus del que debe gozar el feto o embrión, siendo entendido por la sociedad europea, en el mejor de los casos, de que éstos son parte de la raza humana, pero este consenso solamente se limita a eso. Por esto, y ante su potencialidad y capacidad de convertirse en persona, es que se le hace participe de la dignidad humana, sin embargo, esto no lo convierte en persona para los propósitos de la disposición del artículo 2 de la Convención Europea.¹⁵⁹

Teniendo en consideración estas cuestiones, la Corte sostuvo que no es deseable ni

¹⁵⁷ Id. Pág. 6.

¹⁵⁸ Id. Pág. 13.

posible, como materias establecidas por la Corte, dar una respuesta en abstracto a la interrogante de que si los niños aún no nacidos son personas para los propósitos del artículo citado de la Convención.

En cuanto a los hechos específicos del caso en cuestión, la Corte consideró innecesario determinar si el abrupto término del embarazo de la recurrente se encontraba dentro del alcance de la norma del artículo segundo de la Convención, entendiendo que, incluso si la norma fuera aplicable, no habría ninguna infracción por parte de Francia en cuanto al cumplimiento de la obligación de preservar la vida en la esfera de la salud pública, ya que el feto en, este caso, no fue privado de toda protección por la ley francesa.

En este mismo sentido, la Corte desestimó lo expuesto por Vo, en cuanto al contenido de la obligación positiva de los Estados en lo referente a la salud pública, en consideración a que, a juicio del Tribunal, esta obligación se cumple al poseer, por parte de los Estados, una normativa que determine las medidas necesarias para preservar la salud y vida de los pacientes y de tener mecanismos adecuados para la investigación de los casos con resultado de muerte; pero, en ningún caso, los obliga a tener una normativa penal al respecto.

La Corte entendió, además, que la recurrente no sólo pudo iniciar un procedimiento penal en contra del médico, sino que también tenía a su alcance interponer acciones ante las autoridades administrativas para ser completamente reparada de los daños y perjuicios sufridos, por lo que, asumió la Corte, que ella, bajo ningún punto de vista, se encontraba en indefensión ante la normativa francesa.¹⁶⁰

Siendo éstos los principales argumentos de la Corte, en definitiva, señaló: que incluso en el entendido de que el artículo 2 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales fuere aplicable para este caso, no ha existido violación alguna de esta disposición por parte de Francia,¹⁶¹ resolución que fue adoptada por catorce votos contra tres.

¹⁵⁹ Id. Págs. 36 y siguientes.

¹⁶⁰ Id. Págs. 39-40.

¹⁶¹ Id. Pág. 41.

CAPÍTULO VII. PRECISIONES CONCEPTUALES PREVIAS A LA CONCLUSIÓN

Antes de llegar a las conclusiones de este trabajo, es indispensable realizar una serie de precisiones respecto a la forma en cómo va a ser abordado este capítulo final.

En primer término, es necesario aclarar la visión del concepto “naturaleza” para efectos de cómo será tratado éste y sus alcances. Esto dice relación, a que, cuando se intenta explicar el fenómeno jurídico de los derechos fundamentales¹⁶², frecuentemente se explica que son aquellos derechos esenciales que emanan de la “naturaleza humana”. Es así como lo entiende parte de la doctrina y como se consagra en el artículo 5 inciso segundo de la Constitución, al establecerlos como límite a la soberanía estatal.

Al respecto, considero necesario hacer una precisión relativa a cómo creo que

¹⁶² Empleo conscientemente el término derechos fundamentales por sobre otros como derechos humanos, derechos constitucionales u otro de estas características, ya que mi idea es centrar el debate en una noción de derecho positivo constitucional e internacional que es el fruto del consenso social. Pero a la vez, y para efectos de simplificar el debate, poniéndolo en un plano general, los hago implícitamente sinónimos. Al respecto de la diferenciación conceptual entre derechos fundamentales, derechos subjetivos, libertades públicas, derechos humanos, etc. Ver el análisis de Pablo Ruíz-Tagle respecto de la obra sobre derechos fundamentales de Gregorio Peces Barba, contenida en: Una dogmática general para los Derechos Fundamentales en Chile. Revista de Derecho Público. Volumen 63. 2001. Págs 190-192.

debiera entenderse el concepto “naturaleza humana” que emplea la Constitución, ya que mediante este concepto se suele justificar gran parte de la teoría de los derechos fundamentales. Siendo esta naturaleza, la que nos haría sujetos activos de estos derechos que están por sobre las consideraciones estatales.

Una gran parte de la doctrina entiende que la “naturaleza humana” posee una dignidad esencial, siendo los derechos fundamentales “la expresión más inmediata de la dignidad humana”¹⁶³; derechos que “brotan de la naturaleza del hombre”¹⁶⁴, estableciendo que el hombre es “(...) un depósito máximo o supremo, de valores que integran su espíritu y materia”.¹⁶⁵ Al desarrollar estas expresiones, como sustento de la existencia de los derechos fundamentales, es posible ver que detrás de estas opiniones hay una influencia cristiana muy marcada, aunque no siempre explícita.

En este sentido, considero que esta manera de argumentar la existencia de los derechos fundamentales, en función de una “dignidad intrínseca”, respondería al hecho de que en la tradición cristiana el hombre fue la principal preocupación que tuvo Dios en su obra.¹⁶⁶ De este modo, el hombre estaría en una posición intermedia entre lo divino y el resto de la creación. Esta posición preeminente sobre el resto de las creaciones divinas, se lo debería, asimismo, a su naturaleza racional que lo hace inconfundible, transformando al hombre en un ser con “dignidad intrínseca”. Esto le otorgaría una serie de derechos, los que va descubriendo mediante la razón; derechos que son anteriores a la sociedad y al Estado mismo. Por lo tanto, éste se ve en la obligación de respetarlos, garantizarlos y promoverlos a todos los hombres.

Esta visión, que se expandió por medio de la influencia cristiana en el derecho occidental, fue predominante por mucho tiempo. No obstante aquello, considero que no debiera asumirse como enteramente valedera, sin mayor raciocinio; más aún, cuando se trata de revisarla, con el objeto de obtener una mejor comprensión de los fenómenos jurídicos que podrían verse influenciados por esta visión. El principal de estos fenómenos, es el modo en cómo se justifica la teoría de los derechos fundamentales. Un buen número de autores fundan su justificación en una visión naturalista clásica de los derechos, donde éstos no son considerados el fruto de la evolución de la sociedad y de la racionalización de ésta, sino, muy por el contrario, entienden que este tipo de derechos, los que son la base del sistema constitucional en los países occidentales, son manifestación de la natural esencia del hombre, emanados de su dignidad intrínseca que lo diferencia de los demás seres existentes. En definitiva, emanan del derecho natural y,

¹⁶³ Francisco Fernández Segado. La dogmática de los Derechos Humanos. Pág. 57. Citado por José Luis Cea Egaña. Curso de Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. 1999. Tomo II. Pág. 5

¹⁶⁴ Alejandro Silva Bascuñan. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo II. Pág. 205. Citado por Pablo Ruíz-Tagle. Id. Pág. 183.

¹⁶⁵ José Luis Cea Egaña. Id. Pág. 6.

¹⁶⁶ Un autor que explícitamente plantea que en la tradición cristiana la dignidad del hombre y el reconocimiento de sus derechos fundamentales son fruto de haber sido creado éste a imagen y semejanza de Dios es Máximo Pacheco Gómez en su Teoría del Derecho. Editorial Jurídica de Chile. Cuarta edición. Tomo I. Santiago. 1990. Págs. 153-154.

en última instancia, de Dios.

Considero que este modo de entender la teoría de los derechos fundamentales no es completamente satisfactorio. Por un lado, se hace imposible no percibir que, históricamente, los derechos fundamentales no fueron considerados como tales, y si lo fueron, siempre fue de un modo muy parcial. Cabe considerar que sólo desde el final de la Segunda Guerra Mundial que estos derechos comenzaron a entenderse, de un modo concreto,¹⁶⁷ como la piedra angular del sistema constitucional, donde las garantías a los habitantes de los distintos países estuviesen por sobre consideraciones estatales o de cualquier otra índole.

En mi opinión, sólo un método que intente de modo racional y con la menor carga emocional posible (ya sea ésta teológica o ideológica), llegar a la comprensión del fenómeno de los derechos fundamentales, puede ser sustento de una teoría de esta envergadura. Asimismo, un método de características racionales admitiría ser sometido a constante revisión cuando la sociedad así lo exija, logrando no caer en lo axiomático, como lo haría un modelo basado en consideraciones de orden teológica-naturalista.

Partiendo desde una perspectiva racional, considero que no puede hablarse objetivamente de una “particular naturaleza” del humano debido a su rol central en la creación, ya que si se entiende como naturaleza todo lo existente, por transitividad, las acciones y obras humanas serían también naturales, tan naturales como el resto de la creación.

De esto se podría afirmar, que los derechos fundamentales son manifestación de la naturaleza, pero no en un sentido naturalista clásico, sino en el sentido que, como son una obra que emanó de la evolución racional de la humanidad y, al ser la humanidad parte de la naturaleza, son el producto de la evolución de la humanidad y, a la vez, de la evolución natural. Por lo que hablar de derechos esenciales que emanan de la “naturaleza humana”, creo que es hablar de los derechos positivos mínimos que debe tener una persona en una sociedad determinada, de acuerdo a la evolución social.

Al asumir una postura de este tipo, no planteo que no pueda existir un juicio de valor acerca de la importancia de lo humano, sino, por el contrario, este juicio es fundamental para la organización social y principalmente para los propósitos jurídicos de ésta, sólo que considero que este juicio es uno que realiza la humanidad respecto de sí misma, el que creo está fundado en el principio de conservación de las especies.

De este modo, la sociedad, al reconocer que tiene una especial preocupación por conservarse a sí misma, emplea una serie de medios para conseguir este objetivo y, en su evolución, éstos han ido perfeccionándose. Es por tal, que en el estadio actual de la sociedad se han elaborado una serie de presupuestos, como el reconocimiento de la autonomía ética de cada individuo, de lo cual surgió el lógico resultado de la igualdad jurídica de las personas. Siendo en mi opinión, esta igualdad, lo que permite a cada individuo de la sociedad mantener incólume uno de sus principales intereses: mantenerse

¹⁶⁷ Al referirme a un modo concreto lo hago en consideración a que en la práctica es este hito el que puso a los derechos fundamentales con carácter preeminente respecto de otros derechos, ya que desde esta época su respeto es el presupuesto para el correcto funcionamiento del sistema jurídico y del Estado de Derecho.

vivo y en condiciones decentes.

Proponer un modo alternativo de entender el concepto “naturaleza humana” utilizado por la Constitución y cuáles son los derechos esenciales que de ella emanan es, a mi juicio, fundamental para comprender que los valores, principios y derechos que la Constitución consagra no están predeterminados por una tradición religiosa específica, sino que emanan del consenso social que se ha desarrollado a través de la historia. Consenso que no es estático, como sí lo sería bajo un prisma axiológico ligado a una religión determinada, sino que es un consenso que está en constante evolución.¹⁶⁸

En segundo término, en las conclusiones se utilizará el término “intereses jurídicos” en vez de “bienes jurídicos”, lo cual se hará por considerar que la necesidad de organizarse jurídicamente viene dada en función de la capacidad comunicativa de los humanos; es decir, en su capacidad de interrelación. En mi opinión, lo relevante a nivel normativo es la forma en cómo se protege y regula la posibilidad de manifestar el modo en cómo cada individuo desea desarrollar su personalidad. Entonces, si se opta por el concepto de “bienes jurídicos”, más ligado al iusnaturalismo clásico, podría entenderse que se trata de valores inherentes al hombre y anteriores a su capacidad de interrelación; y, por tal, serían anteriores a la sociedad, cuestión con la que discrepo.¹⁶⁹

En cuanto a la metodología, el apartado de las conclusiones contendrá dos secciones principales. Una primera, en la que se analizará la *lege lata*; es decir, el Derecho legislado vigente, donde se expondrá un análisis de la doctrina y jurisprudencia, junto con la interpretación que prevalece en Chile sobre el tratamiento constitucional del *nasciturus*. La segunda sección, estará dedicada a los aspectos de *lege ferenda*, donde se expondrá el modo en cómo entiendo debiera legislarse esta materia en el futuro y el fundamento de las modificaciones que debieran hacerse.

Esta metodología ha sido escogida, con el fin de no llevar a confusión al lector entre las conclusiones a que este trabajo llega, sobre cuál es el régimen de protección del que está por nacer que dispensa el ordenamiento jurídico en Chile, y aquellas reflexiones de índole personal que prescinden, tanto de lo estrictamente legislado como de lo resuelto por nuestros tribunales de justicia.

Una vez explicada la forma en cómo se utilizará el término “naturaleza” y sus derivaciones, del porqué se hablará de “intereses jurídicos” en vez de “bienes jurídicos”, y explicando la metodología a utilizar, es que creo posible adentrarse en las conclusiones de este trabajo.

¹⁶⁸ Quiero hacer hincapié que mi crítica no apunta a una religión específica, sino que, apunta a cualquier intento de explicar el fenómeno de los derechos fundamentales, a través de posturas teológicas, sean cuales sean.

¹⁶⁹ Cabe señalar que, en mi opinión, el único lugar donde considero que se puede concretar la capacidad interrelacional es en la sociedad.

CONCLUSIONES

Cuestiones de *lege lata*

Aspectos Civiles y Penales

Como fue posible apreciar en el tercer capítulo de este trabajo, en materia civil la cuestión relativa a cuál es la regulación del que está por nacer parece ser bastante clara, existiendo, con evidencia, una intención de carácter patrimonial en las instituciones creadas por el Código Civil. No obstante, es claro el hecho de que en el artículo 75 del citado cuerpo legal aparecen disposiciones que son de carácter no patrimonial y apuntan a la defensa de la integridad física del *nasciturus*. Sin perjuicio de ello, se hace evidente que dicha inclusión no cambia el carácter de las instituciones, quedando de manifiesto el objeto patrimonial de dichos preceptos, no sólo al analizarlos dentro del título en el que se encuentran, sino al coordinarlos con otros preceptos, como los artículos 343 y 956 del mismo cuerpo legal, los que hacen una clara referencia a la defensa de los intereses patrimoniales del que está por nacer.

Se puede concluir que el Código Civil intenta con las disposiciones del Título II del Libro I, sobre el inicio y fin de las personas, dar certeza jurídica a las sucesiones cuando existe un hijo concebido y el padre de éste muere en el intervalo previo a su nacimiento, aplicándose una ficción jurídica consistente en entender que la adquisición de los eventuales derechos del *nasciturus* se realiza desde el momento de la concepción. Por ello, inserta en su articulado otra ficción jurídica; o, más bien, una presunción relativa a la fecha en que se entiende verificada la concepción, como es la norma del artículo 77.

De acuerdo a lo anterior, es posible afirmar que el Código Civil reconoce ciertos intereses jurídicos eventuales al concebido no nacido, pero bajo ningún punto de vista es factible afirmar que del articulado del Código Civil se desprenda que éste reconoce personalidad al no nacido, ya que de ser así se produciría una alteración en el orden sucesorio, el que acarrearía serios inconvenientes para la seguridad jurídica.

No obstante esto, parte de la doctrina nacional se empeña en el hecho de que el Código Civil reconoce la personalidad del *nasciturus*,¹⁷⁰ basándose en argumentos sustentables sólo mediante el derecho natural, y que se hacen de difícil aplicación práctica, como sería el hecho de considerar que el no nacido se encuentra civilmente en una situación idéntica al nacido.

Como ya lo expresaba, esto no le daría más certeza a las sucesiones sino, muy por el contrario, sólo produciría mayores inconvenientes. Asimismo, generaría ciertas incoherencias conceptuales en el Código Civil, ya que, por ejemplo, el curador de bienes del que está por nacer debería ser un tutor y no un curador, porque en la especie no se trataría de bienes sin titular, sino de bienes que serían titularidad del *nasciturus*.

Esta dificultad para encontrar un tratamiento coherente, respecto de la situación jurídica del *nasciturus*, ocurre también en materia penal, ya que si éste adquiriese personalidad desde la concepción, cuestión que según cierta doctrina avalaría el Código Civil, no se entendería porqué en el Código Penal, que es posterior al Civil, se regula el delito de aborto como un delito en contra del orden de las familias y no como un delito contra las personas. Es evidente que en nuestro ordenamiento jurídico la cuestión no se ha tratado de forma coordinada, en el sentido que, dependiendo de a cuál de los cuerpos legales se recurra, sería posible sacar conclusiones diversas. Además, cabe señalar, que en la dogmática penal, donde la especial preocupación por el *nasciturus* se da en orden al delito de aborto, existe gran acuerdo en el sentido de que el tipo objetivo de este delito es la interrupción de un embarazo, y no la afectación de la vida o la integridad física del *nasciturus*.¹⁷¹ Y, de seguir las resoluciones de la Organización Mundial de la Salud, se llega a la conclusión que el embarazo se verifica cuando el embrión se anida en las paredes del útero, alrededor del día decimocuarto desde la concepción.

Con esto, queda de manifiesto que la intención de la doctrina civil, que apoya la idea de una personalidad desde la concepción, se hace insustentable cuando se quiere dar una respuesta que abarque todo el ordenamiento jurídico, pues, a lo menos, surgen dos interrogantes al respecto. La primera, si el *nasciturus* es persona desde la concepción, qué clase de protección recibe entre la fecundación y la anidación, momento en el que comienza el embarazo y que es donde comienza la protección penal. La segunda, de ser persona desde el momento de la concepción, cuál es el criterio que avale una diferenciación en el tratamiento de los delitos, en el sentido que la afectación de la vida del nacido es penada con mayor dureza por el sistema penal que la afectación vital del que aún no ha nacido.

¹⁷⁰ Dos de los principales exponentes en este sentido son Eduardo Soto Kloss y Solange Doyharçabal Casse.

¹⁷¹ En tal postura se puede citar a Alfredo Etcheberry, Antonio Bascuñan Rodríguez, Miguel Soto, además del civilista Gonzalo Figueroa Yañez.

Aspectos Constitucionales

Toda esta dificultosa coordinación de los cuerpos legales ha querido ser salvada en sede constitucional, cuestión que no ha sido de lo más pacífica, principalmente motivada por la redacción de los preceptos involucrados en la normativa relativa al que está por nacer.

Al parecer, existiría una sola interpretación valedera del artículo 19 N°1 de la Constitución, o por lo menos, así lo entiende gran parte de la doctrina nacional. Esta interpretación hace extensiva la garantía del inciso primero del artículo 19 N°1 de la Constitución al *nasciturus*, considerándolo persona desde la concepción. De este modo, el que está por nacer gozaría de la misma garantía que aquellos que ya han nacido.

La dificultad que surge es acerca del sentido o alcance del inciso segundo del mismo artículo, donde la Constitución da un claro mandato al Legislador para que proteja la vida del que está por nacer. Esta dificultad es superada con el argumento de que, para el Constituyente, la vida del *nasciturus* es de un valor tan supremo que hace exigible una garantía adicional.¹⁷²

En cuanto a la colisión que podría existir con otros derechos fundamentales, quienes apoyan esta interpretación asumen que dicha colisión o conflicto es aparente, ya que en la Constitución y en su historia fidedigna queda de manifiesto que el constituyente realizó una jerarquización de los derechos fundamentales, siendo el derecho a la vida el que posee mayor jerarquía dentro del catálogo de derechos garantizados, por ser el presupuesto de los demás derechos. En este sentido, ante un potencial conflicto entre la salud o integridad física de la madre y la vida del *nasciturus*, se debe primero tratar de resguardar ambos derechos. Y, en el evento que esto no sea posible, debe prevalecer el derecho a la vida del que está por nacer, al ser de mayor envergadura.

Sustenta tal postura, José Luis Cea, quien asegura que los derechos deben tener una jerarquía, asumiendo que la colisión entre éstos es sólo aparente y resoluble. Asimismo, cree que la enumeración del artículo 19 de la Constitución no es azarosa, sino que sigue una secuencia jerárquica.¹⁷³ En este sentido, no habría duda acerca de que el derecho a la vida es el más importante de los derechos, y por eso, los demás derechos garantizados deben coordinarse en torno a éste. La interrogante que cabe es acerca de dónde encuentra sustento dicha jerarquía; es decir, qué fundamentos jurídicos se pueden dar para asumir como valedera una cuestión tan relevante como ésta.

Al respecto, si se analizan, además de la Constitución, los demás instrumentos internacionales relativos a los Derechos Humanos se apreciará que en ninguno de éstos existe una gradación o jerarquía de derechos, ya sea expresa o implícitamente. No

¹⁷² El sustento más válido de esta interpretación que hace extensivo el término persona al *nasciturus*, se encuentra en las discusiones de la reforma constitucional de 16 de junio de 1999, en la cual se dejó expresa constancia en las Actas, con el objeto que éstas constituyan historia fidedigna constitucional, de que el concepto persona abarca al que está por nacer desde el momento de la concepción.

¹⁷³ José Luis Cea Egaña. El sistema constitucional de Chile. Síntesis. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile. 1999. Págs. 171-175.

obstante lo anterior, en la obra conjunta de Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira se asegura que en la Comisión Constituyente hubo consenso en que las clasificaciones y agrupaciones de derechos eran insatisfactorias y que, por tal, era preferible enumerarlas en orden jerárquico.¹⁷⁴ Esto, a lo que se refieren los citados autores, me parece discutible, ya que al revisar la sesión número 84, donde se produjo tal debate, queda de manifiesto que lo que afirman no es así.¹⁷⁵

Lo ocurrido en dicha sesión fue, que ante la petición del comisionado Evans de realizar una clasificación o agrupación de los derechos para enfrentar el “estudio” de las garantías constitucionales, hubo un rechazo de los demás comisionados por no tener un resultado práctico que así lo exigiese. Además, surgió en el comisionado Ortúzar una preocupación, en orden a que la Constitución se viese forzada a estudiar ciertos derechos que no tienen la jerarquía que les corresponde.¹⁷⁶ Para fundamentar su posición, explicó el modo cómo en otras Constituciones se establece “cierto orden de prelación”¹⁷⁷, en relación a la jerarquía de los derechos humanos.¹⁷⁸ Asimismo, manifestó que sus dichos eran sólo apreciaciones preliminares, calificándolas como pensamientos en voz alta.¹⁷⁹ Ante la preocupación del comisionado Ortúzar, el comisionado Evans señaló que, al proponer una clasificación para desarrollar el catálogo de derechos humanos, no pretendía que el orden que se siguiera significase alguna jerarquía determinada y que consideraba que era indudable que había una jerarquía

¹⁷⁴ Al respecto señalan: “En lo que atañe a la forma en que deberían agruparse los derechos, hubo consenso en la Comisión de que todas las clasificaciones existentes resultaban insatisfactorias y que lo más aconsejable era partir, por orden jerárquico, con el derecho a la vida, las igualdades y las libertades (Sesión N° 84). Mario Verdugo Marinkovic, Emilio Pfeffer Urquiaga, Humberto Nogueira Alcalá. Derecho Constitucional. Tomo I. Segunda edición. Pág. 197.

¹⁷⁵ Comisión Constituyente. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 84. Talleres Gráficos de Gendarmería, Santiago, 1974. Págs.2-8.

¹⁷⁶ Enrique Ortúzar en dicha oportunidad señaló: “El único inconveniente que podría presentar este esquema es que, por tratar primero las garantías de igualdad, fuerce a la Constitución a estudiar ciertos derechos que no tienen la jerarquía que corresponde, antes que otros de mayor jerarquía. (...) Id. Págs. 2-3.

¹⁷⁷ Informa que la Constitución alemana establece cierto orden de prelación en relación con la jerarquía de los derechos humanos. Ella comienza refiriéndose a la dignidad del hombre y establece que es intangible y que es obligación de todo Poder Público respetarla y protegerla. Agrega en seguida ese texto que el pueblo alemán se identifica, por lo tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de comunidad humana y de la paz y la justicia en el mundo (...) La Constitución de Venezuela, por ejemplo, hace una clasificación más esquemática. En primer lugar, el Título III trata de los deberes, derechos y garantías. El Capítulo I contiene ciertas disposiciones de carácter general relacionadas con estos derechos. Ahí se trata del derecho al libre desenvolvimiento de la persona, de la obligación de los tribunales de ampara los derechos básicos de todos los habitantes, etc. Luego, se consignan los derechos sociales y, en seguida, los derechos económicos y políticos. O sea, se hace una clasificación en derechos individuales, sociales, económicos y políticos. La Constitución de Ecuador también establece un cierto grado de prelación. El Título IV trata de los derechos, deberes y garantías y contiene en primer lugar normas de carácter general. En seguida, en distintos capítulos trata de los derechos de la persona, de los derechos de la familia, de la educación, de la propiedad, del trabajo y de la seguridad social y de los derechos políticos.” Comisión Constituyente. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 84. Talleres Gráficos de Gendarmería, Santiago, 1974. Págs.2-3.

entre las distintas materias, pero que debía resolverse con posterioridad cuál era dicha prelación.¹⁸⁰

Una segunda propuesta de Evans, fue la de realizar el “estudio” del catálogo de derechos fundamentales guiándose por la forma en cómo lo había realizado la Constitución de 1925, cuestión que los demás comisionados asintieron, ya que era una idea práctica y mantenía el tema aún dentro del debate general.¹⁸¹

Finalmente, en esa misma sesión, Evans hizo una última propuesta relativa al modo en cómo debía realizarse el “estudio” del catálogo de derechos humanos, y era el hecho de ir enumerando las disposiciones ya aprobadas, para que cuando en el futuro se estudie la reforma ésta pueda ser seguida por el lector o intérprete, ya que habían muchas disposiciones ininteligibles por la referencia a artículos no enumerados, por lo que, como “moción de orden”, solicitó que se fueran enumerando provisionalmente los artículos.¹⁸²

En consecuencia, de lo expresado se desprende que pese a que los comisionados

¹⁷⁸ Pese a que el comisionado Ortúzar aseguró que estas Cartas Fundamentales tienen un orden jerárquico, al ser analizadas la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, la Constitución Venezolana de 1961 y la Constitución Ecuatoriana vigente en aquella época, se ve que dichas Constituciones, más bien, siguen un orden que es aparentemente histórico más que jerárquico, ya que ninguna norma de aquellas constituciones explícita o implícitamente declara jerarquía alguna entre los derechos consagrados, y la Constitución Venezolana claramente lo que hace es una clasificación de derechos.

¹⁷⁹ Asimismo el Presidente Ortúzar planteó: Manifiesta que de todas las Cartas Fundamentales examinadas la que le ha dejado la impresión de seguir un orden adecuado y jerárquico con relación a la trascendencia de los derechos, es la alemana. Ofrece la palabra sobre la proposición del señor Evans, **dejando constancia de que las observaciones que ha formulado son solamente pensamientos expresados en voz alta.** (énfasis personal). Id. Pág. 3.

¹⁸⁰ Se señaló en la Comisión Constituyente: “El señor Evans anuncia que despejará de inmediato un equívoco que parece desprenderse de las palabras del señor Ortúzar. Explica que al proponer un esquema de trabajo no pretendía que el orden en que lo propuso determine una relación jerárquica entre sus diversos elementos. Reitera que su parecer es que la Comisión debe estudiar las garantías de igualdad en un ámbito; en un capítulo; las garantías de otro tipo en un capítulo diferente; etc. Insiste en que de ninguna manera ello implica un juicio de valor acerca de cual tiene superioridad jerárquica, conceptual, filosófica o ética (...) declara no tener prejuicio alguno para seguir cualquier orden si se tiene un concepto claro sobre el contenido de cada uno de los capítulos o separatas del texto constitucional en materia de derechos humanos. No cree que este factor induzca a confusión o constituya un impedimento para el trabajo de la Comisión o lo haga más difícil. El ordenamiento con relación a la indudable jerarquía que hay entre las disposiciones sobre las distintas materias vendrá después. Ya verá como se hace. Agrega que no le cabe duda de que la Constitución debe partir por reconocer el derecho esencial del hombre a su dignidad, su vida, a su libertad de conciencia. Pero, una vez analizadas y estudiadas todas las garantías que contemplará el texto constitucional, se podrá organizar el orden en que deben ir.” Id. Págs 3-4.

¹⁸¹ Siempre con el ánimo de buscar el camino de trabajo (...) el señor Evans indica que habría otra posibilidad: tomar el texto actual de la Constitución y examinarlo número por número, o disposición por disposición; analizar que se pretende dejar, cómo se puede enriquecer o cómo se visualiza. Puede ser un camino de trabajo; en vez de separar la materia en capítulos (...) El señor Silva Bascuñan declara que le parece muy práctica y adhiere con entusiasmo a la idea que acaba de señalar el señor Evans. El señor Ortúzar adhiere a ésta última proposición del señor Evans. Le parece que es práctica y que mantiene todavía el debate en plano general.” Id. Pág. 7.

se manifestaron acerca de la existencia de una jerarquía de derechos humanos, no hubo una verdadera discusión entre ellos acerca de si la nueva Constitución tendría una jerarquía determinada, sino que fueron más bien planteamientos personales, de orden teórico, que no dan pie para pensar que la enumeración del artículo 19 de la Constitución establece una prelación de derechos, al no apreciarse, por parte de ningún comisionado, la intención de darle a esta enumeración un carácter jerárquico, como algunos autores han afirmado.

En resumen, se puede establecer que una primera interpretación, que es apoyada por parte importante de la doctrina, entiende que el artículo 19 N°1 de la Constitución es una garantía explícita al *nasciturus* respecto de su derecho a la vida, la que se encuentra reforzada por el inciso segundo de dicha disposición, en la forma de un mandato al Legislador, y que esta garantía, al ser de la mayor jerarquía, no puede decaer ante ningún otro derecho fundamental.

De esto se pueden sacar una serie de consecuencias prácticas, algunas ya adelantadas por Miguel Ángel Fernández, quien considera que la moción de reforma constitucional elaborada por algunos diputados de la República, consistente en incluir dentro de las garantías constitucionales los llamados derechos reproductivos, a través de la Ley Marco sobre derechos sexuales y reproductivos, adolece de inconstitucionalidad porque vulnera o amenaza el derecho a la vida del que está por nacer.¹⁸³ Sin embargo, cabe señalar que en dicho proyecto de ley no se ve ninguna amenaza directa al derecho a la vida del que está por nacer -si a éste lo entendemos garantizado desde el momento de la concepción-, ya que todas las medidas incluidas dentro del proyecto de ley tienden hacia una planificación familiar donde no se nombran medidas abortivas, las que sí podrían entenderse como amenaza al derecho a la vida del que está por nacer.¹⁸⁴

Una segunda consecuencia práctica de esta interpretación, es la imposibilidad que existe en cuanto a relativizar el derecho a la vida del que está por nacer, siendo inconstitucional la aprobación de cualquier legislación que despenalice el aborto, ya sea de modo total o parcial. Esto se basa en el argumento de que el derecho a la vida del *nasciturus* es de igual envergadura que aquel que poseen los nacidos y, por tal, está por sobre la jerarquía de todos los demás derechos fundamentales, no siendo posible que una normativa de rango legal lo limite.

Esta interpretación pareciese ser la más recurrida por la doctrina nacional, la cual se ha empeñado en darle carácter constitucional al derecho a la vida del que está por nacer, prevaleciendo éste por los demás derechos fundamentales. Pero surge la necesaria

¹⁸² En las actas se estableció: “El señor Evans propone una moción de orden a fin de que más adelante, cuando se estudie esta reforma, el lector o el intérprete puedan seguirla. Solicita enumerar desde ya las disposiciones, a medida que se vayan aprobando, porque hay muchas actas que resultan absolutamente ininteligibles por la referencia a artículos que aún no están enumerados. En consecuencia, como **moción de orden**, solicita que la Mesa tome las medidas para ir enumerando provisionalmente los artículos. (énfasis personal). Id. Pág. 8.

¹⁸³ Miguel Ángel Fernández. “Derecho a la vida y derechos fundamentales de la persona que está por nacer”. Conferencia publicada en “Los derechos de la persona que está por nacer”. Conferencias Santo Tomás de Aquino. Universidad Santo Tomás. Academia de Derecho. Santiago. 2001. Págs. 88 y siguientes.

interrogante acerca de si esta interpretación es totalmente coherente y, de llegar a serlo, determinar dónde se encuentran los fundamentos de derecho positivo en los que se basa.

En la doctrina nacional, que es contraria a esta interpretación, es posible encontrar a Pablo Ruíz-Tagle, quien, con cierto cariz irónico, clasifica de “pontificias” o “intuitivas” a aquellas posturas que sustentan la posibilidad de una jerarquía rígida en cuanto a derechos fundamentales. En este sentido, concibe que la justificación de dichos argumentos son de origen pontificio; o bien, basados en las encíclicas papales. Asimismo, las asume como intuitivas, porque no responden a criterios de derecho positivo, sino que emanan de una creencia, siendo, por tal, imposibles de ser razonadas.¹⁸⁵ Por sobre la apariencia peyorativa de la refutación de Ruíz-Tagle, es posible apreciar que en algo acierta, y es en el hecho de que la justificación de una jerarquía constitucional de los derechos fundamentales, sólo la pueden encontrar estos autores en los postulados teológicos, acordes con la religión que profesan. Esto, más allá de ser una crítica, es una cuestión que se evidencia en los artículos y escritos de éstos, los que constantemente se están apoyando en argumentos sustentados en los dictados del derecho natural, el escolasticismo, las encíclicas papales e incluso, algunos autores utilizan textos de la Biblia para dar base a sus argumentaciones.¹⁸⁶ En este sentido, la interpretación propuesta por esta parte de la doctrina se hace menos valedera, en lo que respecta a la primacía del derecho a la vida del *nasciturus* por sobre otros derechos

¹⁸⁴ Los artículos de la moción que contemplan los derechos reproductivos y sexuales fundamentales son los que van del octavo al undécimo, los cuales se reproducen para una mayor comprensión del tema, no encontrando acá ninguna normativa que pudiese entenderse como atentatoria a la vida del que está por nacer como propugna Miguel Ángel Fernández. *Artículo 8*: “Se reconoce el derecho de toda persona a disfrutar de la sexualidad como fuente de desarrollo personal y felicidad. Es deber del Estado diseñar y ejecutar las políticas públicas que garanticen y promuevan dicho derecho, mediante los programas y acciones necesarios a tal efecto, especialmente las que aseguren la información, la educación y acceso a los servicios que esta ley regula, para todas las personas y las que prevengan las enfermedades de transmisión sexual y el embarazo no deseado.” *Artículo 9*: “Se reconoce el derecho a toda persona a ejercer la sexualidad independiente de la reproducción y la libertad para elegir con quien vivir la sexualidad.” *Artículo 10*: “Se reconoce el derecho a la libertad sexual e integridad física y síquica de las personas en materia sexual, lo que implica el derecho a decidir libremente sobre el ejercicio de la sexualidad, a la autonomía y control corporal y a no ser sometido a ninguna forma de abuso, tortura, mutilación o violencia sexual. El que incurra en la comisión de los actos criminales mencionados será penado conforme a lo dispuesto en los títulos VII y VIII del Libro Segundo del Código Penal.” *Artículo 11*: “Se reconoce el derecho de las personas a tomar decisiones libremente respecto de la procreación, lo que implica que las personas puedan decidir libre, informada y responsablemente si desean o no tener hijos, el número de éstos y el intervalo entre los nacimientos. Así como también el derecho de mujeres y hombres a recuperar la fertilidad cuando ésta ha sido dañada por falta de información y la falta de tratamientos adecuados. Se prohíbe toda forma de violencia, coacción y discriminación de cualquier naturaleza en el ejercicio de este derecho.”

¹⁸⁵ Pablo Ruíz-Tagle Vial. Una dogmática general para los Derechos Fundamentales en Chile. *Revista de Derecho Público*. Volumen 63. 2001. Págs 183-187.

¹⁸⁶ A modo de ejemplo véase Hernán Correa Talciani. El embrión humano: del estatuto antropológico al estatuto jurídico. *Revista de Derecho*. Universidad Católica del Norte. Año 4. 1997. Págs. 52; 53. Eduardo Soto Kloss. La noción de persona en la Constitución (a propósito del que está por nacer). *Revista de Derecho Público*. Nº 50. 1991. Págs. 138; 139; 142; 144.

fundamentales.

En virtud de esto, es que creo factible elaborar otra interpretación del precepto constitucional la que, al modificar ciertos efectos prácticos de la disposición, como sería el hecho de establecer que la norma es un “mandato al Legislador” y no un “derecho subjetivo” a favor del que está por nacer, la haría más flexible y coherente con el sistema completo de los derechos fundamentales.

Aspectos Jurisprudenciales

La Corte Suprema, en su fallo del 30 de agosto de 2001, sostuvo una tesis acerca de la interpretación del artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República. En especial, respecto del inciso segundo de éste, que coincide con la posición doctrinaria mayoritaria en el tema, cuestión que no asegura que sea la interpretación más lógica y acertada.

Sin embargo, cabe señalar que, a mi juicio, la crítica más acertada sobre aquella resolución de la Corte Suprema es la que hace Antonio Bascuñan Rodríguez, quien plantea que el Máximo Tribunal falló una cuestión diversa a la que debía analizar, ya que el recurso que subió a su conocimiento decía relación con resolver acerca de si los recurrentes tenían o no personería jurídica para actuar a favor del *nasciturus*. En este sentido, la Corte Suprema no tomó en cuenta el asunto a resolver y, en cambio, optó por realizar toda una argumentación a favor de un comienzo de la personalidad desde el instante de la concepción.¹⁸⁷

No obstante lo anterior, creo que es interesante hacer una crítica a lo dicho por la Corte Suprema, en cuanto a su análisis de la normativa nacional respecto del que está por nacer.

Partir del supuesto de que la personalidad comienza con la concepción, como lo afirmó la Corte Suprema, puede resultar aventurado, sobre todo si se fundamenta en textos legales que, de no mediar una interpretación acomodada al argumento que se quiere defender, no harían sentido. Es así como ocurre con la interpretación hecha del artículo 75 y 76 del Código Civil,¹⁸⁸ la que sencillamente carece de fundamentación valedera. Si bien, el segundo de estos artículos hace referencia a la concepción, lo hace para establecer una presunción acerca desde cuándo el *nasciturus* tendría en suspenso los derechos que le favoreciesen y no para hacer referencia al inicio de la personalidad, como señala la Corte Suprema.¹⁸⁹ De no ser así, no se entendería porqué el Código Civil establece que dicha presunción deba hacerse en función de la época del nacimiento. Con esto, lo que se querría decir es que se sabrá desde cuándo debe ser garantizada constitucionalmente la vida del que está por nacer, una vez que éste ya haya nacido; es decir, desde cuándo no cabe duda que está constitucionalmente garantizado su derecho

¹⁸⁷ Antonio Bascuñan Rodríguez. La píldora del día después ante la Jurisprudencia. Revista Centro de Estudios Públicos N° 95 (invierno) 2004.

¹⁸⁸ Véase páginas supra 92-94.

¹⁸⁹ Id.

a la vida.

Por otra parte, la resolución del máximo Tribunal significa sólo la manifestación de un juicio de valor cuando, por criterios científicos no unánimemente comprobados, declara que la vida humana comienza con la concepción, entendiendo que cualquier acto que impida al embrión llegar a nacimiento es delito de aborto. Esto, a primera vista es, a lo menos, discutible.¹⁹⁰

La ciencia, en el estadio en que actualmente se encuentra, no ha sido capaz de establecer cuándo se está frente a una vida humana que sea identificable con la plenamente constituida. Es por ello, que adoptar alguna de las teorías postuladas por los científicos para fundamentar el juicio que se tenga respecto del momento en que se adquiere la llamada personalidad, no es más que una aseveración teórica y como tal rebatible. Si se considera además el hecho de que muchas de estas fundamentaciones están basadas en argumentos pseudo-científicos, de base metafísica, la cuestión se hace más discutible aún.

Por tal, es necesario encontrar aquellos temas en que la ciencia sí tenga respuestas que carezcan de contradicción, para poder apoyarse de éstas. En este sentido, una cuestión científicamente zanjada dice relación con el momento del embarazo, el que se produciría una vez que el huevo fecundado se anida en el útero de la madre; es decir, que la interrupción de un embarazo se produciría sólo después de esta etapa. Si a esto se suma que la doctrina penal chilena reconoce que el término aborto hace alusión a la interrupción de un embarazo, se tendrá que sólo aquellas acciones destinadas a interrumpir la gestación con posterioridad a la anidación (época en que comienza el embarazo) son abortivas. De este modo, se contravendría el principio de legalidad en materia penal, si se postula que interrumpir la gestación en cualquier etapa es aborto.¹⁹¹

Al respecto, me parece mucho más prudente la posición que adoptó la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Roe versus Wade*, donde reconoce que existen muchas teorías acerca de cuándo comienza la vida humana; y, por tal, considera que un Estado, en el caso específico Texas, no puede asumir una de estas teorías como valedera y pasar a llevar, a través de ese juicio valórico, los derechos de las mujeres

¹⁹⁰ A este respecto es interesante tener en cuenta la postura del Ministro de la Corte Suprema José Benquis quien al diario La Tercera señaló: "La presentación fue hecha en forma incorrecta y nos obliga a nosotros a tomar decisiones que no nos corresponde adoptar. Nosotros no estamos diseñados para establecer políticas públicas, eso les corresponde a los entes de gobierno y no a nosotros". Añadió que los magistrados "no tenemos herramientas para resolver cosas que ni los científicos han resuelto". A su juicio, resoluciones de este tipo perfectamente pueden dar origen a otras aún más extremas. "Imagínense ustedes que se plantee en cualquier momento a título de no sé qué el problema de la existencia de Dios. Entonces, va a ser muy divertido, porque los diarios van a publicar que según la Corte Suprema, Dios ganó por cinco a cero, o que la Corte Suprema dijo, por tres contra dos, que Dios no existe". Diario La Tercera de 8 de septiembre de 2001.

¹⁹¹ Pese a lo expuesto en la crítica a la jurisprudencia, hay autores que han señalado el correctísimo razonar de la Corte Suprema al estimar que la vida comienza en la concepción, ya que esto está de acuerdo con el Derecho Natural. Luis Andrés Ulloa Martínez. El aborto, la píldora del día después y su inconstitucionalidad en Chile. Revista de Derecho. Universidad Católica de la Santísima Concepción N°9 (2001). Págs.383-400. En el mismo sentido Jorge Reyes Zapata. El fallo por la vida. Revista de Derecho Universidad Finis Tέρrea. Año V. N° 5 (2001). Págs. 415-431.

embarazadas.¹⁹² De tal modo, antes que adoptar una postura al respecto, como sí lo hizo la Corte Suprema de Chile, dejó el tema en suspenso, precisamente por la falta de certeza que existía en dicho tema. Creo que la cautela de la Corte Suprema de Estados Unidos se debe al hecho de que asumir una postura respecto del comienzo de la vida, sería atribuirle una opinión al Estado mismo cual representa. Una cuestión como ésta, a mi juicio, podría llegar a ser atentatoria contra la libertad de culto, ya que los ciudadanos entenderán que sus derechos están garantizados bajo el prisma de una religión determinada, independientemente de que estén o no de acuerdo con esa postura. En este sentido, la Corte Suprema de Chile asumió una postura claramente identificada con postulados cristianos, lo que no se condice necesariamente con un Estado secular.

Aspectos Doctrinales

La principal crítica que se le puede formular a la mayoría de la doctrina nacional, es pretender encubrir detrás de argumentos científicos ya superados, cuestiones que sólo se sustentan en dichos argumentos, como lo es el tema acerca del carácter abortivo del *Levonorgestrel*. Es así como muchos autores aún se apoyan en estudios que ellos llaman recientes, pero que en verdad no lo son.¹⁹³ En este entendido, cabe señalar que, desde un tiempo a esta parte, los estudios acerca del mecanismo de acción del *Levonorgestrel* demuestran que éste actúa previo a la concepción y, por tal, bajo el prisma de la doctrina mayoritaria, no sería abortivo.

No es menos cierto, que existen algunos artículos científicos que refutan estas posturas, pero la mayoría de las veces caen en reiteraciones superadas frente al tema. El principal error metodológico en el que incurren, es argumentar que los resultados a los que se llega con el *Levonorgestrel* han sido logrados en experimentos con primates y nunca con humanos. Ante esto, los científicos reconocen que es cierto, pero que, al no estar autorizados éticamente para experimentar sobre embriones humanos, sólo pueden hacerlo con primates mayores. Sin embargo, se señala que, al tener todos los primates un mismo modo de reacción ante este tipo de hormonas, no habría razón para pensar que en los humanos actuaría de modo diverso.¹⁹⁴

Parte de la doctrina más cautelosa pretende que la píldora del día después debería ser declarada ilegal, al existir dudas acerca de su funcionamiento, debido a que existen estudios científicos contradictorios al respecto. Pero considero que esto es sólo un

¹⁹² 410 US 113 (1973) Págs. 159-162.

¹⁹³ Por ejemplo José Joaquín Godoy Ugarte habla de que estudios recientes han demostrado que el *Levonorgestrel* es abortivo, la cuestión es que se apoya de estudios los cuales el más reciente es de 1993. José Joaquín Godoy Ugarte. La Constitución y la Píldora Abortiva. Revista Ius Publicum. Universidad Santo Tomás. 2001. Págs. 97-98.

¹⁹⁴ Para lo expuesto ver Fernando Zegers Hochschild. El mecanismo de acción del *Levonorgestrel* usado como anticonceptivo de emergencia. Revista Centro de Estudios Públicos. N°95 (invierno 2004) como quienes sostiene que el *Levonorgestrel* actúa antes de la concepción, y por quienes sostiene lo contrario Eduardo Rodríguez Yunta. El *Levonorgestrel* y su mecanismo de acción. Revista Ars Médica. Pontificia Universidad Católica de Chile. Volumen 4. Número 6. Cabe señalar que el estudio más reciente que cita Rodríguez Yunta para demostrar los posibles efectos antiimplantatorios del *Levonorgestrel* data de 1993. Al respecto ver página 55 nota al pie 31.

argumento residual ante la evidencia de que ésta no es abortiva.

Asimismo, no se puede aceptar que por el hecho de haber estudios en uno y otro sentido se esté ante una duda científica. Cabe recordar que, a través del método científico, algunos físicos contradijeron la teoría heliocéntrica de Copérnico. La cuestión es: ¿deberíamos dar crédito a estos estudios que caen reiteradamente en errores metodológicos, como para afirmar que estamos ante una duda científica?

En conclusión, la evidencia en el estado del arte demuestra que la “píldora del día después” no es abortiva, y quien crea lo contrario tendrá una tarea tan difícil como demostrar que la teoría heliocéntrica de Copérnico es incorrecta.

Una segunda crítica que se le puede hacer a la doctrina nacional mayoritaria, es el hecho de reconocer de modo persistente de que, en último caso, es la norma del artículo 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica la que establece que la concepción es el momento desde el cual debe protegerse el derecho a la vida. Lo cierto es que eso queda manifiestamente demostrado como inexacto cuando la misma redacción y la historia fidedigna del Pacto llevan a una conclusión contraria.

En cuanto a la redacción del artículo 4.1 de la Convención, éste dice: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

Acá es posible advertir que, cuando se refiere a la concepción como momento de partida del respeto al derecho a la vida, ésta no lo hace de modo imperativo, lo que queda claramente manifestado en el hecho de que le antecede la frase “en general” entre comas, lo cual demuestra que, por lo menos, la intención gramatical fue darle un carácter de generalidad y no un carácter absoluto a la concepción como inicio de la protección del derecho en cuestión.

Esto que se manifestaría en lo meramente gramatical tiene un sustento que demuestra lo inexacto del planteamiento de que la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Este sustento es la historia fidedigna del establecimiento de la Convención y de su antecesora, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre firmada en Bogotá en 1948, tal como lo demuestra Estados Unidos en su defensa en el caso 2141, resolución 23/81,¹⁹⁵ en el que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dio finalmente la razón a Estados Unidos.

De este modo, sólo queda la duda de si la doctrina nacional, que se empeña en demostrar a través del artículo 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica que el derecho a la vida debe protegerse desde la concepción, desconoce el dictamen 23/81 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la historia fidedigna del establecimiento de la Convención o, sencillamente, prefiere obviar esta información para poder mantener la coherencia de la postura defendida.

La interpretación que prevalece

¹⁹⁵ Ver páginas supra 118-122.

Más allá de todo lo expresado, es claro que las posibilidades interpretativas se restringen, dado la forma en cómo se ha entendido el artículo 19 N°1 inciso segundo de la Constitución, tanto en las oportunidades que ha sido revisado por el Poder Constituyente como en aquellas en que la revisión ha sido hecha por los Tribunales de Justicia.

El inciso segundo del artículo 19 N° 1 de la Constitución, si bien en un comienzo fue el resultado de que la Comisión Constituyente solamente logró un acuerdo de mayoría respecto del tipo de protección constitucional que debía recibir el concebido no nacido, no es menos cierto que todo lo que en política legislativa ha proseguido a la redacción de este articulado dice relación con una interpretación extensiva del precepto. La cual establece que el *nasciturus* tiene un derecho constitucional a la vida y que es el legislador quien debe velar por el eficaz cumplimiento de ese mandato.

La primera demostración de esto dice relación con el proyecto de ley que tenía por objeto modificar el Código Penal y el Código Sanitario con el propósito de cumplir con lo ordenado en el inciso segundo del artículo 19 N°1 de la Constitución. En efecto, en la historia de la ley 18.826 es posible encontrar los objetos que se propuso la junta de gobierno con aquella ley.¹⁹⁶

Posteriormente, al momento de discutirse la reforma constitucional de 1999, quedó de manifiesto que había un claro consenso dentro de los parlamentarios, en sede constituyente, de que el concepto “persona” debía abarcar al no nacido desde la concepción, con lo cual se reconoce que es igual en dignidad y derechos; y, por tal, sujeto activo del derecho a la vida que reconoce el artículo 19 N°1.

Esta normativa se encontraría en armonía con lo preceptuado en el Pacto de San José de Costa Rica, más precisamente en su artículo 4.1, en el cual se reconoce el derecho a la vida y la imposibilidad de que ésta sea privada, en general, desde el momento de la concepción, por lo que el concepto amplio de persona que establece la historia fidedigna constitucional de la reforma de 1999 tiene un sustento jurídico en el Derecho Internacional vigente.

En lo que refiere a la sede jurisprudencial, la Corte Suprema dejó claramente establecido que el *nasciturus* posee un derecho a la vida desde la concepción, porque desde la lectura de la legislación civil sería posible determinar que el concebido no nacido cuenta con una serie de protecciones y ficciones legales que tienen por objeto ampararlo y otorgarle personalidad natural desde la concepción. No obstante aquello, y pese que a la Corte Suprema le hubiese sido más fácil y coherente llegar a esta conclusión a través de la historia fidedigna de la reforma de 1999, deja en claro que su tesis de la personalidad desde la concepción, en base al Código Civil, es coherente con el Pacto de San José de Costa Rica. Siendo, hasta ahora, la doctrina unánime de la Corte Suprema que la personalidad (natural) principia en la concepción y que el *nasciturus* posee un derecho a la vida consagrado en la Constitución en el artículo 19 N° 1, el que es reforzado en el inciso segundo, a través de un mandato al Legislador tendiente a que sea éste quien establezca los medios por los que debe hacerse efectiva esta protección.

En consecuencia, la norma del artículo 19 N°1, inciso segundo, debe entenderse

¹⁹⁶ Ver páginas supra 32- 33.

como un mandato al Legislador para que sea éste quien vele por el establecimiento de los medios legales, por los cuales debe hacerse efectiva la protección del “derecho constitucional” a la vida del que está por nacer. Es, en este modo, como la política legislativa y la jurisprudencia han llevado a que se entienda la norma, haciéndola más sencilla de comprender de lo que en un comienzo fue, por la falta de un real pronunciamiento de la Comisión Constituyente.

En cuanto al tema relacionado con la posibilidad de flexibilizar la norma tendiente a restituir la normativa que permitía el aborto terapéutico, cabe señalar que, pese a que la doctrina se muestra vacilante, es claro que la idea ha sido lograr la mayor protección posible del derecho constitucional en cuestión, por lo que no sería plausible legislar al respecto, más allá, de que varios integrantes de la Comisión Constituyente consideraron al aborto terapéutico como una factibilidad legítima.

En conclusión, se puede decir que ésta es la interpretación práctica del precepto en cuestión. Porque, pese a que se pueda, con muy buenos argumentos, rebatir que aquélla no es la interpretación correcta, es ésta a la que llegan nuestros tribunales de justicia con bastante frecuencia, siendo éste el modo en cómo la norma constitucional se hace efectiva, lo que en materia de garantías constitucionales es más importante que lo que pueda decir la norma escrita.

Cuestiones de *lege ferenda*

Al hablar de la *lege ferenda* se está hablando del modo en cómo debería ser tratada una cuestión jurídica determinada en el futuro; es decir, cual debería ser la forma correcta de legislarlo.

Previo al análisis acerca de cómo entiendo debería llegar a comprenderse el artículo 19 N°1 inciso 2° de la Constitución, es preciso hacer algunos alcances sobre lo que considero una usual confusión metodológica que existe entre muchos autores que se han referido al tema.

Esta confusión, dice relación con que en reiteradas ocasiones se habla de que la vida humana es valiosa en sí, siendo este el motivo por el cual el *nasciturus* posee un derecho a la vida constitucionalmente consagrado, mientras que en otras tantas se establece que ese derecho a la vida del cual gozaría se lo debe al hecho de que es persona.

Pues bien, ambos discursos no son enteramente compatibles entre sí, ya que si se reconoce que la vida humana es intrínsecamente valiosa no habría necesidad de otorgarle personalidad al no nacido para hacer de él, en sí, un interés jurídico que deba protegerse. Por otra parte, si se sostiene que tiene derecho a la vida por el hecho de ser persona, daría exactamente igual si es o no intrínsecamente valiosa la vida, porque gozaría de la garantía constitucional, sin necesidad de hacer dicho juicio valórico. No obstante lo anterior, la doctrina mayoritaria sostiene la tesis del “derecho constitucional” a la vida del no nacido, en función de una mezcla de ambos argumentos, siendo argumento residual el de la vida humana como valor intrínseco.¹⁹⁷

Las dos interrogantes que surgen ante lo expuesto, dicen relación: la primera, en cuanto a qué argumentos se pueden esgrimir para considerar que el *nasciturus* es

persona; y, la segunda, respecto al porqué se sostiene que la vida humana es valiosa intrínsecamente.

Sobre el primer tema, de si el que está por nacer es persona, es preciso determinar qué se entiende por tal concepto, y ver luego, si el no nacido pertenece a esa categoría. En la doctrina nacional se han elaborado varias fórmulas que tratan de condensar este concepto. Algunos de los autores se apoyan expresamente en el concepto que da el artículo 55 del Código Civil y otros establecen criterios propios para desarrollar el concepto.¹⁹⁸ Sin embargo, considero que tales definiciones no son enteramente claras y no entregan elementos suficientes para reconocer si se está frente a una persona o no.

A mi modo de entender, la comunicación es un elemento fundamental para reconocer a una persona y ésta, normalmente, se hace efectiva mediante la manifestación voluntaria de intereses. En cuanto a qué se entiende por esta manifestación voluntaria de intereses, no debe entenderse como un complejo raciocinio que se expresa a un receptor, sino simplemente como una manifestación de deseos o necesidades como lo sería, por ejemplo, la que hace el recién nacido que llora porque tiene hambre.¹⁹⁹ El requisito de que sea una manifestación voluntaria, dice relación con que estos intereses manifestados no sean confundidos con actos reflejos, como sucede en algunos casos con individuos en estado vegetativo irreversible.

Asimismo, creo que tampoco son sinónimos los conceptos de “ser humano” y “persona”, ya que es perfectamente posible encontrar a un ser humano que no sea persona, como sería el caso de los humanos que se encuentran en estado vegetativo irreversible, los que son de la especie humana, pero que son incapaces de manifestar intereses o de mantener grado alguno de interrelación con otro individuo. En definitiva, cualquier humano que sea capaz de expresar deseos, necesidades o intereses debe ser considerado persona, porque este es el medio a través del cual demuestra a los demás individuos de una comunidad que es un “otro”.

El concepto persona, a nivel del Derecho, debería ser esencialmente normativo, pero

¹⁹⁷ Dworkin es el primero que explica el modo en como se manifiesta esta confusión de argumentos en la doctrina estadounidense, al diferenciar claramente entre la vida como algo a lo cual otorgamos valor y la persona o sujeto que tiene derecho a que se respete su vida. Ronald Dworkin. *El Dominio de la Vida*. Editorial Ariel. Barcelona. 1994.

¹⁹⁸ Ángela Vivanco se remite directamente al Código Civil en su definición de persona. Ángela Vivanco Martínez. *El derecho a la vida y la discusión acerca del concepto de persona humana en el ámbito constitucional*. Revista Chilena de Derecho. Volumen 28. N°2. 2001. Pág. 472. Por su parte Ugarte sostiene que: “(...) resulta que no hay ser humano ni persona humana sin forma substancial humana, es decir, sin alma humana. El problema de saber en qué momento comienza la persona humana se reduce, pues, a saber cuándo el embrión tiene alma humana”. A lo cual el autor responde que con los conocimientos científicos que se tiene no se puede llegar a otra conclusión de que el embrión tiene alma desde la concepción, por tal es desde ese momento que es persona. José Joaquín Godoy Ugarte. *Momento en que el embrión es persona humana*. Revista Centro de Estudios Públicos. N°96 (primavera 2004). Págs. 307-308.

¹⁹⁹ En el otro extremo soy de la idea de que ya no estamos frente a una persona cuando esta ya no puede emitir o expresar ningún tipo de interés o necesidad, ni siquiera los más básicos, como ocurre en el caso de los vegetales, quienes en mi opinión, el Estado no debería garantizarles derechos algunos porque dejaron de ser personas.

elaborado desde un punto de vista pragmático. Es así como una definición de persona basada en la posesión de un alma, por ejemplo, no es enteramente normativa, porque si bien se podría llegar a un consenso de que éste es el elemento diferenciador de la “persona”, no habría métodos prácticos para corroborar cuándo se tiene alma y cuándo no. En cambio, comprender que el elemento diferenciador es la capacidad comunicativa, como expresión voluntaria de intereses personales, puede que no sea una definición del todo erudita jurídicamente hablando, pero si es más consistente, ya que es posible comprobar en forma práctica cuándo un ser humano no puede interrelacionarse.

Siguiendo con el ejemplo del recién nacido, éste manifestará su malestar cada vez que algo le incomode, demostrando que es un centro autónomo de intereses y decisiones, si bien en sus inicios no del todo complejo, pero lo suficiente para hacerle entender al resto de los individuos que están en presencia de un ser que es capaz de exigir no ser violentado en su esfera íntima. La posibilidad de repeler posibles ataques es indiferente, ya que si bien es altamente probable que no pueda hacerlo, debido a una desventaja física, esto no quiere decir que el recién nacido reconozca como legítima esta intromisión, tal cual como no lo haría un adulto, que posiblemente sea incapaz de repeler una intromisión, pero que nunca la va a reconocer como legítima.

En consecuencia, la calidad de persona debería ser entendida en base a la capacidad para comunicarse con los demás individuos, es decir, poder manifestar voluntariamente deseos e intereses y que éstos logren ser reconocidos por el resto de los individuos, siendo indiferente si se cuenta con los medios para contrarrestar una privación o negación de esos mismos deseos e intereses.

Por otro lado, estos deseos e intereses no requieren ser legítimos, porque de hacer esta exigencia, se estaría confundiendo el reconocimiento a un individuo como persona con el reconocimiento del actuar correcto de éste como persona.

Acerca del cuestionamiento de porqué la vida humana es valiosa, la mayoría de la doctrina nacional recurre a argumentos de orden teológicos, sin realizar un análisis estrictamente racional. Otra parte de la doctrina, plantea que lo valioso de la vida está dado por una dignidad humana basada en la autonomía ética; o bien, en el libre desarrollo de la personalidad. Pero surge la duda en cuanto a si se puede aceptar el hecho del valor vital sólo en función de nuestras creencias, o bien, sería necesario profundizar y llegar a una explicación que abarque más que a un grupo de individuos que tengan una creencia determinada y que, en definitiva, logre comprender a la sociedad entera.

En cuanto a la segunda explicación acerca del valor de la vida humana, si se acepta que la personalidad está dada por la posibilidad de manifestar voluntariamente intereses, deseos o necesidades, los que permiten a los humanos comunicarse en un amplio sentido y a su vez, desarrollarse a sí mismos con autonomía, difícilmente puede decirse que la vida de un individuo de la especie humana puede ser valiosa cuando carezca de estas facultades, porque le sería imposible desarrollar libremente su personalidad. Por tanto, a mi juicio, es necesario encontrar la explicación de la valoración de la vida humana en otro argumento, uno que demuestre porque, sin mayor raciocinio, todos los individuos asumen que su propia vida, y que la vida humana en general, es valiosa.

El instinto de conservación de las especies, el que todos poseemos, es el que entiendo ser la razón en virtud de la cual los individuos humanos conscientes intuyen la necesidad de catalogar su vida como más importante que la del resto de las especies. Al hacer esto se forja un juicio valórico, ya que objetivamente no hay forma de demostrar que la vida de los humanos es más importante que la del resto de las especies.

Por eso que, al decir que la vida humana tiene un valor en sí, es nuestro instinto de conservación el que se manifiesta en la forma de este juicio de valor, se normativiza de modo positivo, y deviene en racional, con lo que puede ser pensado desde la esfera jurídica propiamente tal.

Lo que pretendo explicar es que cuando se le otorga valor a la vida humana, no es que ésta tenga un valor en sí misma objetivamente hablando, sino que, como valor es esencialmente subjetivo, solo siendo demostrable que la vida humana es valiosa en sí desde lo argumental, pero no desde lo científico. Por tal, considero que es el instinto de conservación de la especie el que lleva a realizar este juicio normativo. De otro modo no se explicaría que tanto creyentes como ateos sostengan ante la pregunta de que si su vida es valiosa, un si categórico y espontáneo. Pero la pregunta que asoma es: ¿han reflexionado al respecto? Aparentemente no, con lo que queda claro que es una respuesta instintiva, una respuesta que los pone por sobre el resto de las especies sólo en función de un instinto; su propio instinto de conservación.

En virtud de estas explicaciones, considero que quienes tratan el tema confunden vida humana con persona, lo que no es lo mismo y, en función de que no es lo mismo, es que creo que la discusión acerca de cuándo comienza la vida humana no es enteramente relevante en materia jurídica. Asimismo, tratar de establecerlo científicamente para que sea este el punto de partida de la protección legal es un despropósito, más aún, si la ciencia no tiene respuestas concluyentes al respecto, porque, en definitiva, lo único que se logra es buscar la tesis científica que mejor se acomode a lo que *a priori* es nuestra creencia.

Al respecto, creo preferible darle una perspectiva filosófica al tema, siendo el reconocimiento de la madre lo que finalmente “humaniza esa vida” desde lo filosófico. Pese a esto, que la madre reconozca esta situación no transforma esa vida en una persona, sino que se logrará cuando esta vida llegue a conformarse en un individuo capaz de manifestar voluntariamente intereses en la forma explicada. Por tal, el Derecho, frente a una madre que acepta su embarazo, sólo debe preocuparse de establecer medios de protección a favor de la madre. Sin embargo, la cuestión adquiere otro cariz cuando la mujer no desea aquel embarazo y no reconoce como “otro” al *nasciturus*, siendo acá donde el Derecho entra a regular una colisión de intereses jurídicos; uno subjetivo, el de la madre que se siente limitada en sus derechos; y un interés objetivo, el del Estado, consistente en la protección de la vida del *nasciturus*.

En función de lo explicado, entiendo que es indiferente el hecho de cuando comienza la vida, porque lo realmente relevante jurídicamente es determinar cuándo prima el interés jurídico subjetivo de la mujer y cuándo prima el interés objetivo del Estado. Y sólo sería relevante determinar cuándo comienza la vida humana, en el supuesto de que el Estado tuviese siempre el poder para hacer primar su interés en proteger la vida del que

está por nacer. Lo que evidentemente no es lo deseado, ya que, si bien considero exagerado llamar totalitarismo a una situación como ésta, donde el Estado tendría siempre el poder de hacer primar sus intereses por sobre el de las personas, es claro que tal situación no se condice con el Estado de Derecho.

En otro orden de cosas, considero que la diferenciación entre persona y vida humana la realiza la Constitución de modo implícito, al establecer en el encabezado del artículo 19 que “la Constitución asegura a todas las personas”. En este sentido, si se leyese el numeral primero sin el encabezado, se podría decir que la Constitución otorga protección a la vida humana por el hecho de ser tal. Pero el encabezado demuestra que la Constitución, en cuanto manifestación de las garantías que entrega un Estado, asegura a las personas el interés que tienen ellas en mantenerse vivas.

Acá surgen dos posturas claramente diferenciadas en nuestra doctrina. La primera, entiende que se es persona desde la concepción; y otra que entiende que se es desde el nacimiento, o bien, desde un momento posterior a la concepción, como lo es la anidación del embrión en las paredes del útero. No obstante lo anterior, nuestra legislación parece ser clara en que se es persona desde el nacimiento y es así como lo ha reconocido el Código Civil desde hace mucho tiempo.

Sin embargo, existen dos argumentos que podrían demostrar que la protección es desde la concepción. El primero dice relación con la reforma constitucional de 1999, la cual ya se ha revisado y que en las actas de su establecimiento logró el acuerdo de los parlamentarios, en orden a declarar que la calidad de persona se obtiene desde el momento mismo de la concepción, con lo que se quería dar por cerrada la discusión acerca del alcance del concepto persona, a pesar de ello, ya se ha establecido que la historia fidedigna es sólo un medio interpretativo y no es norma constitucional; es decir, es solamente un medio indicativo de la real intención del constituyente.

En este caso específico, considero que más que historia fidedigna de un precepto se está frente a una reacción por parte de un sector conservador del parlamento que tergiversó el contenido de la discusión, acerca de una reforma que tenía por objeto mejorar la equiparidad de géneros, por una discusión acerca de un concepto de persona que tenía por propósito extender al *nasciturus* el derecho a la vida, logrando revertir la falta de pronunciamiento que, al respecto, tuvo la Comisión Constituyente.

El segundo argumento obliga a realizar una interpretación sistemática de la Constitución; específicamente, entre el artículo 19 y el artículo 5, inciso segundo, ya que éste establece que los tratados internacionales sobre derechos humanos rigen en nuestro país cuando se encuentren ratificados y estén vigentes, con lo que se llega a la norma del artículo 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica, que establece que no se podrá privar arbitrariamente la vida y que ésta se protege, en general, desde la concepción. La doctrina nacional mayoritaria entiende que este precepto es el fundamento de una protección de la vida desde la fecundación misma.

¿Pero es eso lo que realmente quiere decir el artículo 4.1 de este instrumento internacional? Mi impresión es que no. A lo que apunta la norma es a establecer un criterio de generalidad, dejando abierta la posibilidad de que los Estados Partes, en sede legislativa, establezcan los parámetros que les parezcan correctos, para determinar

desde cuándo se garantiza la vida. Ésta sería la intención de la norma, lo cual queda ratificado tanto en la historia fidedigna del establecimiento de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como en su sucesora y complemento, la Convención Americana de Derechos Humanos.

Asimismo, la Comisión Interamericana, al pronunciarse sobre una reclamación en contra de los Estados Unidos por la aceptación de la doctrina de *Roe v. Wade* y *Doe v. Bolton* terminó refiriéndose al fondo pese a que este Estado no era parte, y, por tal, no tenía el deber de observar la Convención. La Comisión señaló que Estados Unidos, en el evento de ser parte de la Convención, no estaría infringiendo ningún precepto de ésta, ya que el artículo 4.1 de la Convención no es imperativo, sino que funciona como una recomendación a los Estados Partes para que adopten como criterio de generalidad a la concepción, como el momento desde el que se debe respetar la vida, pero que bajo ningún punto de vista esto debe ser siempre así, pudiendo el Estado elegir en su legislación interna el momento que entienda se ajusta más a los requerimientos normativos de éste.²⁰⁰

Con lo expresado, se demuestra que el Pacto de San José de Costa Rica no reconoce a la concepción como el momento en que comienza la vida humana, ni tampoco el momento desde cuando se inicia la protección del derecho a la vida, como la doctrina nacional mayoritaria pretende entender; sino, más bien, es una directriz, una recomendación, con carácter no vinculante para las legislaciones de los Estados Parte.

De lo antes dicho surge una consecuencia para los que apoyan la interpretación que se pretende refutar, y es el hecho de que si los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, establecen derechos que la Constitución no contempla expresamente pero que debe garantizar por remisión del artículo 5, inciso segundo, los tratados que reconocen derechos específicos a las mujeres deberían ser aplicados como ley nacional del mismo modo en como se pretende que sea aplicado el Pacto de San José de Costa Rica. De esta manera, debería entenderse incorporado al ordenamiento jurídico nacional la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.²⁰¹ Asimismo, y siguiendo con el argumento de la no

²⁰⁰ Ver páginas supra 118- 122.

²⁰¹ Esta Convención establece una serie de derechos que de reconocer como absoluto el artículo 4.1 de l Pacto de San José de Costa Rica se harían impracticables pero que al reconocer que este tiene un carácter de recomendación se hace aplicable, más aún, si se tiene en cuenta el artículo 5 inciso segundo de nuestra Constitución. Estos serían: *Artículo 5b*: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos." *Artículo 16.1 d y e*: "1.Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos"

existencia de una jerarquía de derechos humanos (a lo menos jurídicamente hablando), éstos deberían convivir con los garantizados en los demás instrumentos que Chile ha ratificado y que se encuentren vigentes, debiendo resolverse las colisiones de derechos en sede jurisprudencial, de un modo que permita la debida armonía entre estos.

En este entendido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado expresamente, estableciendo: “La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella.”²⁰² De esta manera, no es factible aseverar que existe primacía absoluta de un derecho respecto de otro, sino muy por el contrario, deben armonizarse. Dicha armonización, necesariamente, tiene que ser determinada de modo casuístico, dependiendo de la forma en cómo opere la colisión de derechos.

Con las explicaciones dadas, surge la consecuencia que la Constitución no está obligada a reconocer el derecho a la vida desde el momento de la concepción, y en función de lo que la historia fidedigna del precepto del artículo 19 N°1 inciso segundo nos dice, queda de manifiesto que la Constitución no asegura la vida desde el momento de la concepción, sino que le reconoce un derecho a la vida a los nacidos, estableciendo un mandato al legislador para que sea éste quien establezca los medios en cómo se hace efectiva la protección a este potencial individuo de la sociedad. De esto no se quiere decir que si la Constitución no asegura mediante un derecho subjetivo la vida del *nasciturus* éste se encuentra en total desprotección, ya que es la misma Constitución, a través del inciso segundo del artículo 19 N° 1, la que pone énfasis en la preocupación del Estado en que este potencial individuo llegue a concretarse. Pero, a mi juicio, existiría un límite en este sentido: la protección que el Estado da a ese interés objetivo que es la vida del *nasciturus* no puede pasar por encima de los derechos subjetivos de las personas, sin una justificación legítima.

En este caso, los derechos de las mujeres que podrían verse violentados por una imposición absoluta del Estado, deben primar cuando la legitimación del Estado no sea lo suficientemente poderosa como para privar o restringir los derechos de las mujeres que se encuentren embarazadas. Es así como los derechos a la salud, integridad física y psíquica, a la intimidad y el derecho genérico a la dignidad de la persona, no pueden ser pasados a llevar por este interés del Estado, sino en el evento que haya una justificación legítima por parte del Estado para restringir o privar temporalmente ese derecho. En este caso, cuando se está frente a un feto viable²⁰³ es evidente que la mujer ya no podría optar por no continuar con ese embarazo, porque ella ya no es necesaria en el proceso de gestación del feto y, al no serlo, el Estado podría imponer su interés objetivo de mantener con vida al *nasciturus*.

Concordante con lo expuesto, la jurisprudencia comparada estudiada demuestra que

²⁰² Tribunal Constitucional. Fallo del 3 de octubre de 1985. Rol N° 33.

²⁰³ El criterio de viabilidad aceptado científicamente es el de 28 semanas de gestación, a esto se le suele agregar la necesidad de un peso aproximado de 1000 gramos. Al respecto ver Osvaldo Romo P. Medicina Legal. elementos de ciencia forense. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.1992. Págs.141 en adelante.

la tendencia mundial es a no reconocer un derecho constitucional respecto del *nasciturus*, estableciendo que éste se protege sólo respecto de los nacidos, y que la discusión acerca de cuándo comienza la vida es algo que no debe quedar entregada al dictamen de un juez o de un tribunal. Es así como se puede observar que, en temas de aborto, la tendencia mundial es a despenalizarlo en determinados casos, y respecto de la anticoncepción de emergencia se estima que lo correcto es dejar entregadas estas decisiones a los particulares, quedando en claro que no es un tema en el cual el Estado pueda entrometerse.

Hoy, en Chile, la *lege lata* impide, a través del artículo 119 del Código Sanitario, la realización de cualquier maniobra destinada a provocar un aborto.²⁰⁴ A mi modo de ver, como no existe ninguna norma de carácter constitucional, ya sea nacional o de algún instrumento internacional sobre derechos humanos, que obligue a los Estados Parte proteger la vida desde la concepción, sería factible que este artículo sea derogado en el futuro y se reestablezca el aborto terapéutico. Y no sólo eso, sino que también se aprueben otras leyes de despenalización del aborto, ya que, en función de las explicaciones dadas, la norma del inciso segundo del artículo 19 de la Constitución es un mandato al legislador para que sea éste quien determine la forma en cómo se va a llevar a cabo la protección. Esto ya lo está haciendo al regular como delito el aborto, de lo cual queda en claro que, en Chile, no hay posibilidad de un derecho al aborto, a menos que se explicitara. Pero sí cabría la posibilidad de una despenalización parcial de éste, estableciéndose un sistema de justificación de conductas, mediante indicaciones.

Por tal, considero que, en Chile, no existen motivos para no reestablecer el aborto terapéutico, pese a que diversos autores lo han planteado como innecesario, debido al avance de la medicina. No obstante lo expuesto por estos autores, cabe señalar que existen una serie de enfermedades no tan frecuentes, pero recurrentes, que hacen necesaria la realización de un aborto terapéutico para proteger la vida; o bien, la salud de la madre.²⁰⁵

Una de éstas es la llamada “preeclampsia”,²⁰⁶ la que, cuando se manifiesta con carácter grave y bajo síndrome HELLP²⁰⁷, requiere una intervención de estas características para salvar la vida de la madre o para proteger su salud, ya que es

²⁰⁴ Es llamativo ver como Chile ha recibido críticas internacionales por la prohibición total del aborto. Es así, como el Centro Legal para los derechos reproductivos y políticas públicas ha sostenido que nuestro país vulnera con dicha prohibición los siguientes derechos de las mujeres: En general el derecho a la salud, y en específico: el derecho a estar libre de discriminación por estatus socioeconómico; el derecho a la vida; a la libertad y seguridad individual; el derecho a estar libre de discriminación de género; el derecho a la salud reproductiva y a la planificación familiar; el derecho a la intimidad; el derecho a la defensa legal, al debido proceso y a ser considerado como presunto inocente en cuanto al delito de aborto. Cada de uno de estos derechos nombrados lo fundamenta esta organización en casos acontecidos en Chile con mujeres embarazadas que abortaron y que según la organización estaban cubiertas por la normativa internacional sobre derechos humanos. “Encarceladas: Leyes contra el aborto legal en Chile. Un análisis desde los derechos humanos.” Centro Legal para los derechos reproductivos y políticas públicas. Foro Abierto de Salud y Derechos Reproductivos. Santiago de Chile. 1998. Págs. 25 a 37. Asimismo, la Red de Salud de las Mujeres latinoamericanas y del caribe ha sostenido que nuestro país no cumple con los tratados internacionales que reconocen derechos sexuales a las mujeres. No teniendo los tribunales chilenos en cuenta la evidencia científica mundialmente reconocida. Revista Mujer Salud. N° 3. julio-septiembre 2001. Págs 46-50.

indispensable para este objeto terminar el embarazo, aun cuando el feto sea muy prematuro.

Por tanto, bajo el argumento de que el feto no es persona ni sujeto activo del “derecho constitucional” a la vida, y ante una enfermedad como ésta que ponga en peligro la vida de la mujer, no se estaría generando ningún conflicto de intereses jurídicos entre dos personas, sino que se estaría generando un conflicto entre la mujer embarazada y el Estado. Por un lado, la mujer pretende hacer valer sus derechos constitucionales a la vida, integridad física y psíquica y a la salud; y, por el otro lado, el Estado pretende hacer valer un interés jurídico objetivo como lo es la protección del no nacido. Acá, el Estado, para poder imponer su interés, debería tener una razón legítima para restringir el ejercicio del derecho de la mujer. Pero, en este caso, la justificación del Estado no sería otra que la protección de la “vida” del que está por nacer, la que no es suficiente, porque estaría vulnerando derechos constitucionales explícitamente consagrados en nuestra Constitución, como lo serían el derecho a la vida de la mujer, su integridad física y psíquica y el derecho a la salud.

Definitivamente, creo que en Chile el tema de cómo se debe regular el aborto, en relación a cómo coordinar los derechos de las mujeres con el interés objetivo del Estado en proteger la vida del *nasciturus*, debería tender a un modelo como el estadounidense, en el que se reconoce un derecho a abortar de la mujer en las primeras etapas de gestación, en virtud de su derecho a la autonomía reproductiva y que, en las últimas etapas de gestación, el Estado pueda exigir de la mujer, que no ejerció su derecho a abortar, el llevar su embarazo a término, porque lo que lleva en su vientre es una potencial persona que desde que se hace viable ya no requiere de la mujer para sobrevivir.

Aplicando criterios que escapan a lo jurídico, considero que el tema de la reproducción humana y el de los avances científicos en la materia han sacado a relucir una reacción ética, la que, entiendo, existente sólo en función de que la conservación de la especie no se ve en la necesidad de recurrir a estos métodos. De hecho, creo que la

²⁰⁵ Algunas de estas patologías que requieren de intervención terapéutica son: **Embarazo ectópico o extrauterino**: es aquel en que el huevo fecundado se implanta fuera de la cavidad uterina. En este caso, la atención médica extemporánea provocará el estallido de la trompa, seguida de la correspondiente hemorragia exponiendo la vida de la mujer; **embolia de líquido amniótico**: es la presencia de líquido amniótico en el pulmón materno, agregándose como manifestaciones el shock central y trastornos de la coagulación. Aquí la falta de diagnóstico precoz obliga a la evacuación uterina, e incluso en algunos casos debe extirparse el útero.

²⁰⁶ La preeclampsia es una enfermedad que se define como una elevación de la presión arterial en una mujer embarazada de 140/90 o más, con presencia de proteínas en la orina o edema de los pies, manos o caras. Esta condición ocurre más comúnmente durante el primer embarazo, con gemelos o trillizos, en mujeres muy jóvenes o mayores, y cuando una mujer ha tenido preeclampsia en embarazos previos. En general, cerca del 10-15% de las mujeres padecen esta condición durante su primer embarazo, y cerca del 7% de las mujeres que han tenido hijos previos desarrollan preeclampsia en embarazos posteriores. Ver Ashley Hill M.D en <http://latina.obgyn.net/sp/articles/Septiembre/preeclam.htm>.

²⁰⁷ HELLP es una sigla que significa Hemólisis, destrucción de glóbulos rojos; Enzimas hepáticas aumentadas (Elevated Liver), y Plaquetas bajas. Ver Ashley Hill M.D en <http://latina.obgyn.net/sp/articles/Septiembre/preeclam.htm>.

cuestión es menos preocupante de lo que la mayoría de la doctrina considera y no me asombraría si en el futuro cercano se reconoce el pleno derecho de la mujer a disponer de su embarazo y se permiten, con amplia aceptación, técnicas de reproducción que hoy son vistas como carentes de ética.

En definitiva, creo que estamos en presencia de la evolución, y si ésta nos pone en posición de poder recurrir a métodos alternativos para darle continuidad a la especie y de regular nuestra natalidad, es porque sencillamente éstos no son antinaturales.²⁰⁸

²⁰⁸ Me gustaría recordar parte de la entrevista a un conocido escritor holandés: P. ¿Ciencia y genética, entre otras cosas? R. Desde luego. Mire, si pudiéramos retroceder en el tiempo y decirle a Julio Verne que hemos pisado la Luna como él predijo, ¿sabe lo que le asombraría? No sería el viaje en una nave espacial, que eso ya lo imaginó muy bien. Sería el hecho de haberlo visto por televisión. Un aparato fuera de cualquier predicción en su época. Con los clones pasa otro tanto. Disquisiciones éticas aparte, lo esencial es que ahora sabemos que el hombre hará todo aquello de que sea capaz. Y no será antinatural. Al contrario. La propia selección natural nos ha puesto en disposición de lograr cosas asombrosas. Es la evolución, si se piensa con detenimiento. Entrevista al escritor holandés Harry Mulisch, contenida en suplemento Babelia. Nº 591. Diario El País de España del 22 de marzo de 2003.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación y Antecedentes

1. Constitución Política de la República de Chile.
2. Código Civil de Chile.
3. Código Penal de Chile.
4. Código Sanitario.
5. Declaración Universal de Derechos Humanos.
6. Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos.
7. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.
8. Convención Americana sobre Derecho Humanos. Pacto de San José de Costa Rica.
9. Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.
10. Historia Fidedigna de la Constitución Política de la República de 1980. Comisión Constituyente. Actas de la Comisión Constituyente. 1974. Talleres Gráficos Gendarmería. Santiago.

11. Historia Fidedigna del Establecimiento de la Convención americana de Derechos Humanos. (Textos seleccionados de las alegaciones de Estados Unidos en el caso 2141 de 1981).
12. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto que reforma disposiciones que señala de la Constitución Política de la República, estableciéndose igualdad de Oportunidades para hombres y mujeres.
13. Mensaje N° 643-330, contenido en el Boletín N° 1.579-07 de la Cámara de Diputados.
14. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, agregado al Diario de Sesiones del Senado, sesión 11ª de fecha 15 de diciembre de 1998.
15. Diario de Sesiones del Senado sesión 21ª de fecha 3 de marzo de 1999.

Jurisprudencia Nacional y Extranjera

1. Corte de Apelaciones de la Serena. 1991. Sentencia del 17 de julio de 1991.
2. Corte Suprema de Justicia. 1991. Sentencia del 31 de julio de 1991.
3. Corte de Apelaciones de Santiago. 1991. Sentencia del 4 de noviembre de 1991 “Recurso de Protección, Carabantes, Director del Servicio de Salud Metropolitano Occidente”.
4. Corte de Apelaciones de Santiago. 1991. Sentencia del 26 de noviembre de 1991.
5. Contraloría General de la República. 1992. Dictamen N° 14.542 del 15 de junio de 1992.
6. Contraloría General de la República. 1995. Dictamen N° 25.403 del 21 de agosto de 1995.
7. Corte de Apelaciones de Santiago. 2001. Sentencia del 28 de mayo de 2001 “Recurso de Protección por Píldora del día después”.
8. Corte De Apelaciones de Santiago. 2001. Sentencia del 10 de octubre de 2001.
9. Corte Suprema de Justicia. 2001. Sentencia del 30 de agosto de 2001 “Fallo de la apelación del recurso de protección por píldora del día después”.
10. Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. 1973. 410 US 113 (1973) *Roe versus Wade*. (Versión en Inglés).
11. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 1981. Resolución Número 23/81. Caso 2141. Reclamación contra los Estados Unidos De América.
12. Tribunal Constitucional de España. 1985. Sentencia 53/1985 de 11 de abril de 1985.
13. *England and Wales High Court (Administrative)*. 2002. *Smeaton versus Secretary of Health*. [2002] EWHC 610 (Admin). (Versión en Inglés).

-
14. Corte Europea de Derechos Humanos. 2004. Caso Vo contra Francia. Recurso 53924/00. (Versión en Inglés).

Doctrina

1. ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER. 1992. La protección al concebido en el Código Civil. Editorial Civitas. Madrid.
2. BECA INFANTE, JUAN PABLO. 2002. El embrión Humano. Editorial Mediterráneo. Santiago.
3. CALLEJO RODRÍGUEZ, CARMEN. 1997. Aspectos civiles de la protección al concebido no nacido. Editorial McGraw-Hill. Madrid.
4. CARLOS BARRA, RODOLFO. 1996. La protección constitucional del derecho a la vida. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires.
5. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. 1999. Curso de Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago.
6. CENTRO LEGAL PARA LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS Y POLÍTICAS PÚBLICAS. 1998. Encarceladas: Leyes contra el aborto en Chile: Un análisis desde los derechos humanos. Foro Abierto de salud Y Derechos Reproductivos. Santiago de Chile.
7. CIFUENTES, SANTOS. 1995. Derechos Personalísimos. Editorial Astrea, Buenos Aires.
8. DWORKIN, RONALD. 1994. El dominio de la vida. Editorial Ariel. Barcelona.
9. EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE. 1999. Los derechos constitucionales. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
10. FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO. 1995. Persona, pareja y familia. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
11. FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO. 2001. Derecho Civil de la persona: del genoma humano. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
12. GALAZ RAMÍREZ, SERGIO. 1998. El comienzo de la vida del hombre y su personalidad. Memoria de Prueba. Universidad Católica de la Santísima Concepción. Concepción.
13. GARRIDO FALLA, FERNANDO y OTROS. 2001. Comentarios a la Constitución. Editorial Civitas. Tercera edición. Madrid.
14. GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA. 1994. El derecho a la reproducción humana. Marcial Pons ediciones jurídicas. Universidad Complutense de Madrid. Madrid.
15. GÓMEZ DE LA TORRE, MARICRUZ. 1993. La fecundación in vitro y la filiación. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
16. HENRÍQUEZ HERRERA, IAN. 2001. Estudio biojurídico sobre el inicio de la vida: "comentario crítico a cinco tesis". Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho

- Privado. Universidad de Chile. Escuela de Graduados. Santiago.
17. JARA MELO, TATIANA. 2003. El aborto: una realidad latente. Memoria de Prueba. Universidad Católica de la Santísima Concepción. Concepción.
 18. NOVOA ALDUNATE, EDUARDO. 1969. El comienzo de la existencia humana y su protección jurídica. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
 19. OLLERO TASSARA, ANDRÉS. 1994. Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajetreado desarrollo del artículo 15 de la Constitución. Documentos del Instituto de ciencias para la familia de la Universidad de Navarra. Ediciones Rialp. Madrid.
 20. OPAZO SALAZAR, ORQUÍDEA. 2002. El aborto: Un atentado contra el derecho humano a la vida. Memoria de Prueba. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago.
 21. PACHECO GÓMEZ, MÁXIMO. 1990. Teoría del Derecho. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
 22. PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. 1991. Manual de Derecho Constitucional. Editorial Cono Sur. Santiago.
 23. PUIG BRUTAU, JOSÉ. 1979. Compendio de Derecho Civil. Volumen I. Editorial Bosch. Barcelona.
 24. PUIG FERROL, LUIS. 1979. En la obra Fundamentos de derecho Civil de José Puig Brutau. Tomo I. Volumen 1. Editorial Bosch. Barcelona.
 25. QUINTANA, CARLOS. 1985. Los derechos del niño que está por nacer. Editorial Universidad Católica. Santiago.
 26. RENGIFO PÉREZ, BLANCA. 1947. El niño por nacer y el derecho a la vida. Memoria de Prueba. Universidad de Chile. Imprenta El Esfuerzo. Santiago.
 27. SALAS ELGART, OSCAR. 1943. Situación ante el derecho del hijo que está por nacer. Imprenta El Imparcial. Santiago.
 28. VERDUGO MARINKOVIC, MARIO; PFEFFER URQUIAGA, EMILIO; NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. 1997. Derecho Constitucional. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago
 29. UMAÑA SALINAS, CAMILO. 2002. Situación jurídica del *nasciturus* en el Código Civil Chileno: Defensa puramente patrimonial o personal: Comparación con la legislación extranjera. Memoria de Prueba. Universidad de Talca. Talca.
 30. VILA-CORO BARRACHINA, MARÍA DOLORES. 1991. María Dolores El concebido no nacido en el ordenamiento jurídico. Tesis doctoral de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Madrid.
 31. ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO. 2002. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte general. Biblioteca americana. Universidad Andrés Bello. Santiago.

Revistas y Artículos Electrónicos

1. ALVARADO, JOSÉ TOMÁS. 1994. El carácter individual del *nasciturus*. Análisis del período entre la concepción y la implantación del embrión. Revista Chilena de Derecho XXI: 345 y siguientes.
2. APARISI MIRALLES, ÁNGELA. 2002. Clonación de embriones y dignidad humana. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Año 9. Págs. 137-164.
3. BADILLO, ROBERT y RODRÍGUEZ YUNTA, EDUARDO. 2002. El cigoto, inicio de la vida humana desde la perspectiva biológica y metafísica. Revista Ars Médica. Pontificia Universidad Católica de Chile. Volumen 4. Número 6. Págs. 31-46.
4. BARCIA LEHMAN, RODRIGO. 2000. Derecho a la vida del *nasciturus* en España. Revista Lus et Praxis. Año 6. Número 2. Pág. 11-28. Talca.
5. BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. 2001. Límites a la prohibición y autorización legal del aborto consentido en el derecho constitucional comparado. Revista de Derecho Público. Volumen 63. Págs. 209-247.
6. BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO. 2004. La píldora del día después ante la Jurisprudencia. Revista Centro de Estudios Públicos. Número 95 (invierno 2004). Págs. 43-89.
7. BESIO ROLLERO, MAURICIO. 2002. Análisis ético sobre las interrupciones del embarazo, el aborto provocado y el aborto terapéutico. Revista Ars Médica. Pontificia Universidad Católica de Chile. Volumen 4. Número 6. Págs. 83-94. Santiago.
8. BLANCH NOGUÉS, JUAN MANUEL. 2001. "El concebido en el Derecho civil alemán, español e iberoamericano: un problema conceptual y valorativo a la luz de la tradición jurídica". Anuario de Derecho Civil. Tomo LIV, fascículo III. Julio-septiembre. Boletín Oficial del Estado. Madrid.
9. BOZZATO, GIANNI. 2001. "La píldora del día después". Revista Lus Publicium. Universidad Santo Tomás. Volumen 4. Número 7. Págs. 89-96. Santiago.
10. BRAVO ZEHNDER, MARCELA y METZ BAES, CLAUDIA. 2002. Comienzo de la vida: Una visión científico-cristiana. Revista Ars Médica. Pontificia Universidad Católica de Chile. Volumen 4. Número 6. Págs. 21-30. Santiago.
11. BUSSENIUS, JUAN CARLOS. 2004. La píldora del día después: Hacia la búsqueda de un debate responsable. Revista Mensaje. Volumen 53. Número 529. Página 14. Santiago.
12. CABRERA COLÓN, CARLOS. 1999. El concebido pero no nacido ante el derecho natural a la vida: una legislación propuesta. Revista de Derecho. Universidad de Puerto Rico. 38 Rev. D.P. 503.
13. CALVO MEIJIDE, ALBERTO. 1992 "El *nasciturus* y su protección jurídica (I)". Revista Actualidad Civil. Nº 17. Madrid.
14. CARLOS BARRA, RODOLFO. 2001. El estatuto jurídico del embrión. Revista Lus Publicium. Universidad Santo Tomás. Volumen 4. Número 7. Págs. 53-76. Santiago.
15. CARRASCO B., ALEJANDRA. 2004. La píldora y la bioética en Chile. Revista Centro de Estudios Públicos. Número 96 (primavera 2004). Págs. 325-344. Santiago.
16. CARRASCO D., SERGIO. 1987. La garantía constitucional del derecho a la vida del que está por nacer. XVIII jornadas de Derecho Público. Universidad de Concepción. Págs. 39-54. Concepción.

17. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. 1999. El sistema constitucional de Chile. Síntesis. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile. Valdivia.
18. CORREA TALCIANI, HERNÁN. 1989-1990. Comienzo de la existencia y personalidad del que está por nacer. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIII: 33-50. Valparaíso.
19. CORREA TALCIANI, HERNÁN y VIGO, ALEJANDRO. 1994. Recensión sobre el libro "Life's Dominion" de Ronald Dworkin. Revista Chilena de Derecho. Volumen 21. Número 2. Págs. 431-400. Santiago.
20. CORREA TALCIANI, HERNÁN. 1997. El embrión humano: Del estatuto antropológico al estatuto jurídico. Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte. Año 4. Págs. 47-62. Coquimbo.
21. CORREA TALCIANI, HERNÁN. 2001. Sobre el estatus jurídico del concebido. Revista Ius Publicium. Universidad Santo Tomás. Volumen 4. Número 7. Págs. 103 y siguientes. Santiago.
22. CROXATTO B., HORACIO. 2004. El comienzo de un nuevo individuo. En www.anticoncepciondeemergencia.cl/articulos/nociones.htm.
23. CROXATTO B., HORACIO. 2004. Conforme a la evidencia científica directa, quien afirme que el levonorgestrel es abortivo estará faltando odiosamente a la verdad. En www.anticoncepciondeemergencia.cl/articulos/art_croxatto.htm.
24. CUEVAS FARREN, GUSTAVO. 1997. Protección Constitucional del derecho a la vida. Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte. Año 4. Págs. 17-34. Coquimbo.
25. CHOMALÍ GARIB, FERNANDO. 2001. "Píldora del día después", el peligro para una nueva vida. Revista Ius Publicium. Universidad Santo Tomás. Volumen 4. Número 7. Págs. 133-135. Santiago.
26. DAVID, GREGORY B. 2004. *Dworkin, precedent, confidence and Roe vs. Wade. The Trustees of The University of Pennsylvania*. University of Pennsylvania. 152 U. Pa. L. Rev. 1221
27. DE LA NOY BALLACEY, PEDRO. 2001. Acaso Es lícito, moralmente, el uso de la llamada píldora del día después. Revista Ius Publicium. Universidad Santo Tomás. Volumen 4. Número 7. Págs. 67-74. Santiago.
28. DOYHARCABAL CASSE, SOLANGE. 1994. El derecho a la vida del *nasciturus* en la legislación chilena y comparada. Revista Chilena de Derecho XXI: 307 y siguientes. Santiago.
29. DOYHARCABAL CASSE, SOLANGE. 1994. El ser humano como sujeto de derechos desde la concepción. IX Temas en Derecho, Universidad Gabriela Mistral, 1: 23 y siguientes.
30. ETHICS ADVISORY BOARD (DHEW). 1979. "*support of research involving human in vitro fertilization and embryo transfer*". US Government Printing Office. Washington DC.
31. FEMENÍA LÓPEZ, PEDRO. 1999. Status jurídico civil del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro. Madrid
32. FERNANDOIS VÖHRINGER, ARTURO. 2004. La píldora del día después:

- Aspectos normativos. Revista Centro de Estudios Públicos. Número 95 (invierno 2004). Págs. 92-118. Santiago.
33. FERNÁNDEZ G., MIGUEL ÁNGEL. 2001. "Derecho a la vida y derechos fundamentales de la persona que está por nacer". Conferencia publicada en "Los derechos de la persona que está por nacer". Conferencias Santo Tomás de Aquino. Universidad Santo Tomás. Academia de Derecho. Santiago.
34. FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS. 1987. Tratamiento jurídico del concebido. Revista Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXIV. Número 2. Págs. 29-50. Santiago.
35. FUENZALIDA Z., CARMEN GLORIA. 1988. Protección jurídica del embrión en la legislación nacional. Revista Chilena de Derecho. Volumen 25. Número 4. Págs. 827-850. Santiago.
36. GABALDÓN, JOSÉ LUIS. 2001. Libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y derechos humanos. Universidad de Navarra. Págs. 357-386. Iruña (Pamplona).
37. GARCÍA-HUIDOBRO, JOAQUÍN. 1999. La dignidad del hombre. Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte. Año 6. Págs. 167-172. Coquimbo.
38. GERTLER, G.B. 1986. "Brain Birth: A proposal for defining when a fetus is entitled to human life status". South. Cal.. L. Rev., nº 5.
39. HENRÍQUEZ HERRERA, IAN. 2001. El derecho frente a los desafíos de las biotecnologías II: comentario crítico a cinco tesis bioéticas sobre el inicio de la vida humana. Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Sociedad Chilena de filosofía Jurídica y Social. Número 19. Págs. 357-386. Valparaíso.
40. HIIL, ASHLEY. 2004. Preeclampsia. En obgyn.net latina <http://latina.obgyn.net/sp/articles/Setiembre/preeclam.htm>.
41. INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO. 2001. La píldora del día después y sus efectos. Revista Instituto Libertad y Desarrollo. Número 107. Págs. 6-9. Santiago.
42. JANOFF, ABBY. 2004. *Rights of the pregnant child vs. right of the unborn child under the convention of the rights of childs*. Boston University International Law Journal. 22 B.U. Int'l L.J. 163
43. JENSEN ACUÑA, LUIS. 2002. Aborto, derechos reproductivos y paternidad responsable. Revista Ars Médica. Pontificia Universidad Católica de Chile. Volumen 4. Número 6. Págs. 113-120. Santiago.
44. LA SEMANA JURÍDICA. 2001. Recurren de protección contra la comercialización de la píldora del día después. La Semana Jurídica [en línea] <<http://www.lasemanajuridica.cl/LaSemanaJuridica/742/article-4395.html>>
45. LA SEMANA JURÍDICA. 2001. Alcances jurídicos del fallo que impide la comercialización de la píldora. La Semana Jurídica [en línea] <<http://www.lasemanajuridica.cl/LaSemanaJuridica/777/article-4941.html>>
46. LOBATO, ABELARDO. 1995. Los derechos humanos y el derecho a la vida: Hacia una carta de los derechos del embrión. Revista de Derecho. Universidad Católica de la Santísima Concepción. Volumen 4. Número 4. Págs. 13-27. Concepción.
47. LUGOSI, CHARLES I. 2004. *Respecting human life in 21st century America: A moral perspective to extend civil rights to the unborn from creation to natural death*.

- Saint Louis University School of Law. Saint Louis University Law Journal. 48 St. Louis L.J. 425.
48. MARÍN GÁMEZ, JOSÉ ÁNGEL. 1996. Aborto y Constitución. Publicaciones de la Universidad de Jaén. Jaén.
49. MARTÍN M., MARÍA MONSERRAT. 2001. Inicio y desarrollo del ser humano. Revista *Ius Publicium*. Universidad Santo Tomás. Volumen 4. Número 7. Págs. 37-52. Santiago.
50. MENA GONZÁLEZ, PATRICIO. 2001. El levonorgestrel (LNG): ¿Un anticonceptivo o un anticonceptivo-abortivo? *Humanitas: Revista de Antropología y Cultura Cristiana*. Pontificia Universidad católica de Chile. Año VI. Número 23. Págs. 406-411. Santiago.
51. MORENO VALENCIA, FERNANDO. 2001. La píldora del día después desde la política. Revista *Ius Publicium*. Universidad Santo Tomás. Volumen 4. Número 7. Págs. 75-77. Santiago.
52. MOHOR ABUAHUAD, SALVADOR. 1986. La protección de la vida del que está por nacer en la Constitución de 1980. *Revista de Derecho Público* 39-40: 113-135. Santiago.
53. MOHOR ABUAHUAD, SALVADOR. 1988. Consideraciones jurídicas y metajurídicas en torno a una eventual despenalización del aborto en Chile a la luz de la nueva Constitución. *Revista de legislación y Documentación en Derecho y Ciencias Sociales*, Biblioteca del Congreso Nacional, año X, 1: 51-62. Santiago.
54. NEIRA MIRANDA, JORGE. 2002. Aborto, aspectos clínicos y epidemiológicos. *Revista Ars Médica*. Pontificia Universidad Católica de Chile. Volumen 4. Número 6. Págs. 31-46. Santiago.
55. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. 1997. El derecho a la vida en el ordenamiento jurídico chileno. *Gaceta Jurídica*. Número 207. Págs. 7-29. Santiago.
56. NUÑEZ POBLETE, MANUEL. 2001. Titularidad y sujetos pasivos de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho Público*. Volumen 63. Santiago.
57. ORELLANA VILCHES, ISABEL. 2002. Superpoblación y clonación frente a la inviolabilidad de la vida humana: Consideraciones bioéticas. *Revista Ars Médica*. Pontificia Universidad Católica de Chile. Volumen 4. Número 6. Págs. 59-75. Santiago.
58. ORREGO VICUÑA, FERNANDO. 2001. Contracepción de emergencia, LNG y el aborto. *Revista Ius Publicium*. Universidad Santo Tomás. Volumen 4. Número 7. Págs. 155-158. Santiago.
59. OYARZÚN EBENSPERGER, ENRIQUE. 2004. Contracepción de emergencia. *Revista Centro de Estudios Públicos*. Número 95 (invierno 2004). Págs. 25-41. Santiago.
60. PRECHT PIZARRO, JORGE ENRIQUE. 1995. "La administración del Estado al servicio de la persona que está en gestación". *Revista de Derecho Público*. Nº 57/58. Pág. 201. Santiago.
61. RED DE SALUD DE LAS MUJERES LATINOAMERICANAS Y DEL CARIBE. 2001. Chile: Ofensiva fundamentalista contra las opciones anticonceptivas. *Revista Mujer Salud*. Número 3. Págs. 46-50. Santiago.

-
62. REYES ZAPATA, JORGE. 2001. El fallo por la vida. Revista de Derecho. Universidad Finis Tέρrea. Año V. Número 5. Págs. 415-431. Santiago.
63. RÍOS ALVÁREZ, LAUTARO. 1984. La dignidad de la persona. Gaceta Jurídica. Número 47. Págs. 6-9. Santiago.
64. RODRÍGUEZ YUNTA, EDUARDO. 2002. El levonorgestrel y su mecanismo de acción. Revista Ars Médica. Pontificia Universidad Católica de Chile. Volumen 4. Número 6. Págs. 113-120. Santiago.
65. ROONEY, BRENT. 2002. El aborto provocado, ¿Es saludable para la mujer y para el futuro recién nacido? Revista Ars Médica. Pontificia Universidad Católica de Chile. Volumen 4. Número 6. Págs. 95-112. Santiago.
66. ROSENDE ALVÁREZ, HUGO. 2000. Persona, familia y sociedad. Revista Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo. Número 1. Págs. 133-160. Santiago.
67. RUBIO HUIDOBRO, RAQUEL. 2001. mujer y maternidad: su ser y expresión en la sociedad actual. Revista Ius Publicium. Universidad Santo Tomás. Volumen 4. Número 7. Págs. 125-138. Santiago.
68. RUÍZ TAGLE VIAL, PABLO. 2001. Una dogmática general para los Derechos Fundamentales en Chile. Revista de Derecho Público. Volumen 63. Págs 179-199. Santiago.
69. SALAS, SOFÍA y SILVA MÓNICA. 2001. La píldora del día después: Los riesgos de atentar contra la vida humana. Revista Ius Publicium. Universidad Santo Tomás. Volumen 4. Número 7. Págs. 139-142. Santiago.
70. SERANI MERLO, ALEJANDRO. 1997. El estatuto antropológico y ético del embrión humano. Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte. Año 4. Págs. 35- 45. Coquimbo.
71. SERRA, ANGELO. 2004. When i did begin? A scientific view. En <www.lifeissues.net/writers/ser/ser_01lifebegin.html>
72. SILVA ABBOTT, MAX. 1994. Como rechazar el aborto con sus mismos argumentos. Revista Chilena de Derecho. Volumen 21. Número 2. Págs. 363-364. Santiago.
73. SILVA ABBOTT, MAX. 2001. El comienzo de la vida humana. Conferencia facultad de Derecho. Universidad católica de la Santísima Concepción. (5 de abril de 2001). Concepción.
74. SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO Y OTROS. 2003. Informe en Derecho: El derecho ala vida y su titularidad. Algunas consideraciones a propósito de la comercialización de la droga levonorgestrel 0,75. Gaceta Jurídica. Número 280. Págs. 11-16. Santiago.
75. SILVA MAC-IVER, JAIME. 1994. El derecho a procrear en el ordenamiento constitucional chileno. Revista Chilena de Derecho. Volumen 21. Número 2. Págs. 282-306. Santiago.
76. SILVA MAC-IVER, JAIME. 1995. El *nasciturus* y el derecho a la vida. Revista de Derecho Público 57-58: 177-198. Santiago.
77. SOTO KLOSS, EDUARDO. 1984. Derecho a la vida y recurso de protección. Revista Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXI. Págs. 55-68. Santiago.

78. SOTO KLOSS, EDUARDO. 1991. Derecho a la vida y la noción de persona en la Constitución. Revista Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXVIII. Número 3. Santiago.
79. SOTO KLOSS, EDUARDO. 1991. La noción de persona en la Constitución. Revista de Derecho Público 50: 137-144. Santiago.
80. SOTO KLOSS, EDUARDO. 2001. La protección jurídica de la persona que está por nacer en la jurisprudencia judicial y contralora. Los derechos de la persona que está por nacer. Conferencias Santo Tomás de Aquino. Universidad Santo Tomás. Academia de Derecho. Págs. 99-124
81. SOTO KLOSS, EDUARDO. 2001. La píldora asesina ante la Constitución. Revista Ius Publicium. Universidad Santo Tomás. Volumen 4. Número 7. Págs. 79-88. Santiago.
82. SOZA REID, MARÍA DE LOS ÁNGELES. 2001. La vida humana incipiente en el Derecho Romano. La Semana Jurídica [en línea] <<http://www.lasemanajuridica.cl/LaSemanaJuridica/883/article-7705.html>>
83. STITH, RICHARD. 1989. El feto en la jurisprudencia constitucional occidental. Revista Chilena de Derecho. Volumen 16. Págs.367-372. Santiago.
84. STITH, RICHARD. 1994. En base a su dignidad. Revista Chilena de Derecho. Volumen 21. Número 2. Págs. 359-361. Santiago.
85. STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, JOSÉ GABRIEL. 1987. Acerca de la naturaleza jurídica del concebido no nacido, en la Ley número 1726. Madrid.
86. TORO, MARCELO. 2001. El fallo del día después. La Semana Jurídica[enlínea]<http://www.lasemanajuridica.cl/LaSemanaJuridica/716/article-5214.html>>
87. TRABUCCHI, ALBERTO. 1993. El hijo, nacido o por nacer, inestimable res, y no sólo res extracommercium. Revista Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Tomo XC. Número 1. Págs. 29-37. Santiago.
88. TURNER SAELZER, SUSAN. 1997. Los derechos sexuales y reproductivos y su incidencia en la esterilización y procreación asistida. Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile. Volumen XII. Valdivia.
89. UGARTE GODOY, JOSÉ JOAQUÍN. 2001. La constitución y la píldora abortiva. Revista Ius Publicium. Universidad Santo Tomás. Volumen 4. Número 7. Págs. 97-98. Santiago.
90. UGARTE GODOY, JOSÉ JOAQUÍN. 2004. Momento en que el embrión es persona humana. Revista Centro de Estudios Públicos. Número 96 (primavera 2004). Págs. 282-323. Santiago.
91. ULLOA MARTÍNEZ, LUIS ANDRÉS. 2001. El aborto, la píldora del día después y su inconstitucionalidad en Chile. Revista de derecho. Universidad Católica de la Santísima Concepción. Número 9. Págs. 383-400. Concepción.
92. VÁSQUEZ LEPE, MACARENA. 1999. ¿Es la manipulación genética de embriones un atentado contra nuestra Constitución? Revista Chilena de Derecho. Volumen 26. Número 4. Págs. 967-1039. Santiago.
93. VIAL CORREA, JUAN DE DIOS. 1997. El derecho a la vida y persona humana. Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte. Año 4. Págs. 5-16. Coquimbo.

-
94. VIAL CORREA, JUAN DE DIOS. 2001. El embrión, el aborto y la contracepción de emergencia. *Humanitas: Revista de Antropología y Cultura Cristiana*. Pontificia Universidad católica de Chile. Año VI. Número 23. Págs. 393-398. Santiago.
 95. VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA. 2001. El derecho a la vida y la discusión acerca del concepto de persona humana en el ámbito constitucional. *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 28. Número 2. Págs. 467-480. Santiago.
 96. VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA. 2001. La constitución y la píldora. *Revista Ius Publicum*. Universidad Santo Tomás. Volumen 4. Número 7. Págs. 99-100. Santiago.
 97. VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA. 2002. Aspectos jurídicos del llamado “aborto terapéutico” en Chile. *Revista Ars Médica*. Pontificia Universidad Católica de Chile. Volumen 4. Número 6. Págs. 155-179. Santiago.
 98. WAGNER, AARON. 2001. *Texas Two-Step: Serving up Fetal Rights by Side-Stepping Roe v. Wade*. *The School of Law Texas Tech University Texas Tech Law Review*. 32 *Tex. Tech L. Rev.* 1085
 99. WILLIAMS BENAVENTE, JAIME. 2001. La dignidad de la persona humana en la constitución de 1980. *Revista Actualidad Jurídica*. Universidad del Desarrollo. Número 4. Págs. 31-56. Santiago.
 100. ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO. 1988. Persona y embrión humano. Nuevos problemas legales y su solución en el Derecho. *Revista Chilena de Derecho XV*: 375 y siguientes. Santiago.
 101. ZEGERS HOCHSCHILD, FERNADO. XXXX. Derecho y medicina. *Revista Derecho en la Región*. Universidad de Talca. Año 2. Número 1. Talca.
 102. ZEGERS HOCHSCHILD, FERNADO. 2004. El mecanismo de acción del Levonorgestrel usado como anticonceptivo de emergencia (Documento preparado para el Centro de Estudios Públicos. Julio 2004). Autorizado para ser citado por el autor. Santiago.
 103. ZEGERS HOCHSCHILD, FERNADO. 2004. El mecanismo de acción del Levonorgestrel usado como anticonceptivo de emergencia. *Revista Centro de estudios Públicos*. Número 95. (invierno 2004). Págs. 5-23. Santiago.

Artículos de Prensa

Diario El Mercurio

1. CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO Y OTROS. 2004. Opinión. Cuerpo E. Publicado el 9 de mayo de 2004.
2. ZEGERS H., FERNANDO y CROXATTO B., HORACIO. 2004. Opinión. Cuerpo A. Publicado el 16 de mayo de 2004.

Diario La Tercera

3. ARTÍCULO. 2001. Recurso por "píldora del día después". Nacional. Publicado el 14 de febrero de 2001.
4. ARTÍCULO. 2001. Médicos de la UC critican "píldora del día después". Nacional. Publicado el 23 de marzo de 2001.
5. ARTÍCULO. 2003. Destacan beneficios de "píldora del día después". Tendencias. Publicado el 6 de noviembre de 2003.
6. ARTÍCULO. 2004. Ministro de Salud "absolutamente convencido" de que la píldora "no es abortiva". Política. Publicado el 6 de mayo de 2004.
7. BENQUIS, JOSÉ. 2001. Entrevista. Nacional. Publicado el 8 de septiembre de 2001.
8. ORREGO VICUÑA, FERNANDO. 2003. Opinión: "Nadie sabe muy bien qué hace la píldora". Nacional. Publicado el 27 de julio de 2003.
9. JIMÉNEZ DE LA JARA, JORGE. 2001. Entrevista. Nacional. Publicado el 15 de marzo de 2001.

Diario La Nación

10. ARTÍCULO. 2004. Píldora de Emergencia: Estudios confirman que no es abortiva. Publicado el 7 de mayo de 2004.
 11. ARTÍCULO. 2004. Médicos aseguran que píldora del 'día después' no es abortiva. Publicado el 8 de mayo de 2004.
 12. CAVALLA ROJAS, ANTONIO. 2004. Opinión: Sin embarazo no hay aborto. Publicado el 14 de mayo de 2004.
- Diario El País (España)
14. MULISCH, HARRY. 2003. Entrevista. Revista Babelia. Número 591. Publicado el 22 de marzo de 2003.