



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

# **Análisis de los fallos del Tribunal Constitucional en torno a la píldora del día después y el aborto en tres causales**

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

**Autora**

Melisa Paz Rodríguez Cuevas

**Profesor Guía**

Eduardo Nicolás Sepúlveda Crerar

Santiago, 2022

Dedicada a las mujeres trabajadoras que en 2015 se levantaron para echar abajo el subcontrato en la Facultad de Derecho, por enseñarme a nunca dejar de luchar y transformar mi vida para siempre.

A mi mamá y papá, por apoyarme en todo momento y vibrar con cada paso que doy.

A Lore y abu Lucy, por su amor incondicional.

A la Romi, China, Abril y Vicki por su generosa amistad que me llena de optimismo y esperanza.

Y a las panroseras, que desde el feminismo socialista dan una lucha infatigable por un mundo libre de opresión y explotación.

## TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN/ ABSTRACT.....	5
GLOSARIO DE ABREVIATURAS.....	6
INTRODUCCIÓN.....	7
<b>CAPÍTULO I:</b>	
<b>FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA DISTRIBUCIÓN GRATUITA DE LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS EN CENTROS PÚBLICOS DE SALUD EN CHILE.....</b>	<b>9</b>
1. Presentación.....	9
1.1 ¿Qué es la anticoncepción de emergencia?.....	9
1.2 Argumentación y normativa impugnada a juicio de los requirentes.....	10
1.3 Observaciones al requerimiento formuladas por el Ejecutivo.....	13
1.4 Razonamiento del Tribunal Constitucional y fallo.....	16
1.5 Voto disidente del señor Hernán Vodanovic Schnake.....	20
1.6 Consideraciones finales.....	23
<b>CAPÍTULO II:</b>	
<b>FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE AUTORIZA LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN TRES CAUSALES.....</b>	<b>24</b>
2. Presentación.....	24
2.1 Argumentación y normativa impugnada a juicio de los requirentes.....	25
2.2 Observaciones del Ejecutivo y el señor Presidente de la H. Cámara de Diputados al requerimiento.....	25
2.3 Conflictos constitucionales denunciados y consideraciones en relación a la incidencia del Derecho Internacional en las controversias constitucionales...	26
2.4 Razonamiento del Tribunal Constitucional y fallo.....	30
2.5 Consideraciones finales: revisión del análisis propuesto por la profesora Yanira Zúñiga Añazco.....	49
<b>CAPÍTULO III:</b>	
<b>DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE MUJERES Y PERSONAS GESTANTES.....</b>	<b>56</b>

3.Derechos sexuales y reproductivos: concepto e historia.....	55
3.1 Criminalización del aborto consentido: consideraciones generales ante un debate político – jurídico abierto.....	59
3.2 Tratamiento penal del aborto en Chile.....	60
3.3 El rol del Derecho Penal en la criminalización del aborto.....	63
 <b>CAPÍTULO IV:</b>	
JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA SOBRE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO: EL CASO COLOMBIANO.....	66
4. Presentación.....	66
4.1 Interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia.....	67
CONCLUSIONES.....	74
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	77

## Resumen

En el presente trabajo se desarrollará una exposición crítica de los razonamientos que fundaron las decisiones del Tribunal Constitucional chileno en dos fallos de relevante impacto en materia de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y cuerpos gestantes, en relación con el acceso a anticoncepción de emergencia y la despenalización del aborto en tres causales.

El análisis de aquellos razonamientos será el punto de partida para efectuar un examen de la historia y el contenido asociado a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y cuerpos gestantes, a fin de contribuir a visualizar los desafíos pendientes en esta materia, a la luz de los planteamientos de la doctrina, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la experiencia comparada en la resolución del conflicto entre el reconocimiento de los derechos de las mujeres y la protección a la vida del nasciturus, y las demandas del movimiento de mujeres.

## Abstract

In the present essay, I will develop a critique exposition of the reasonings that founded the decisions of the Chilean Constitutional Court on two sentences of relevant impact in terms of sexual and reproductive rights of women and pregnant bodies, concerning the access to emergency contraception and the decriminalization of abortion on three causes.

The analysis of those reasonings will be a starting point to carry out an examination of the history and the associated content with sexual and reproductive rights of women and pregnant bodies, to help visualize pending challenges in this matter, in light of doctrinal approaches, international humans rights law, the comparative experience in the resolution of the conflict between the recognition of women's rights and the protection of the unborn, and the demands of the women's movement.

## **GLOSARIO DE ABREVIATURAS**

**CDN:** Convención por los Derechos del Niño

**CEDAW:** Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women

**DD.HH:** Derechos Humanos

**DIDH:** Derecho Internacional de los Derechos Humanos

**DIU:** Dispositivo Intrauterino

**DS:** Decreto Supremo

**DSR:** Derechos Sexuales y Reproductivos

**IVE:** Interrupción Voluntaria del Embarazo

**PIDESC:** Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

**MINSAL:** Ministerio de Salud

**TC:** Tribunal Constitucional

## Introducción

*“Cada uno de los pasos que las mujeres dimos y seguiremos dando en las calles, nunca, pero nunca, serán pasos perdidos”<sup>1</sup>*

La presente tesis se escribe en un momento histórico, marcado por movilizaciones populares que al grito de “Chile Despertó”, amplificaron el cuestionamiento a un país heredado de la dictadura.

Sin embargo, aquel “estallido social” fue precedido por la lucha histórica de sectores obreros, populares, estudiantiles y del movimiento de mujeres que progresivamente fueron instalando demandas, y organizándose por la conquista de los derechos que se les han negado.

Entre las voces que se han alzado, cada vez con mayor fuerza en las últimas décadas, destacan las de miles de mujeres que, hastiadas del abuso y la discriminación estructural a este orden social capitalista y patriarcal, se han organizado para visibilizar y combatir aquella realidad.

El objetivo de esta tesis -en el marco del debate constitucional y el próximo plebiscito en que se decidirá si se aprueba o rechaza la redacción de una nueva Constitución Política- no se reduce a constatar los razonamientos que fundaron las respectivas decisiones jurisdiccionales a la hora de interpretar la Constitución Política de 1980, en materias que tienen un impacto concreto y real sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y los cuerpos gestantes, sino que, a partir de ello, busca contribuir a visualizar las tareas pendientes en el reconocimiento de los derechos de las mujeres, a la luz de lo planteado por sectores de la doctrina, del sistema interamericano de protección de los DDHH y, por supuesto, del movimiento de mujeres.

El primer fallo a examinar es aquel pronunciado por el Tribunal Constitucional el año 2008, a partir de un requerimiento de inconstitucionalidad presentado por parlamentarios pertenecientes a la “Alianza por Chile” -nombre del conglomerado que agrupaba a los partidos de derecha de la época- que impugnó las disposiciones contenidas en las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, contenidas en el Decreto Supremo Nº 48 del Ministerio de Salud, que autorizaba la distribución gratuita en centros públicos de salud de

---

<sup>1</sup> Andrea D’Atri, fundadora de la organización internacional de mujeres Pan y Rosas, en exposición ante el Congreso Argentino por la legalización del aborto legal, libre, seguro y gratuito.

sistemas de anticoncepción de emergencia, entre ellos, de la denominada “píldora del día después”.

En segundo lugar, se analizará el fallo pronunciado por el Tribunal Constitucional el año 2017, a partir de un requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de diputados y senadores, que impugnaba el entonces proyecto de ley que autorizaba la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

Del examen de ambos fallos, es posible observar que hay algunos debates jurídico-constitucionales que se repiten, desde luego, uno de los ejes centrales en ambos fallos es la interpretación del artículo 19 N° 1, inciso segundo, de la Constitución Política. Desde allí, se desprenden varias discusiones, principalmente la interpretación del estatus jurídico otorgado al no nacido y, en consecuencia, los eventuales derechos que el legislador debe resguardar a su favor. También se discute el rol del legislador en esta materia, en particular, los límites y herramientas legales de que puede disponer a fin de dar protección al no nacido. A este respecto destaca el debate jurídico en torno al rol del Derecho Penal, como herramienta legislativa para dar cumplimiento al mandato constitucional señalado en el inciso segundo del artículo 19 N°1 de la Constitución Política, pues podría considerarse que criminalizando el aborto se estaría contribuyendo a la protección jurídica del no nacido o, en cambio, si se entiende al Derecho Penal como herramienta de última ratio, se podría entender que para cumplir el mandato que la Constitución Política entrega al legislador en la materia, se debería partir por dictar normativa en materia de educación sexual, laboral, sanitaria, etc.

En torno a los derechos de las mujeres, desde ya cabe hacer presente que tales derechos sólo se contemplan como parte del análisis en el fallo del año 2017, pues en palabras de la profesora Yanira Zuñiga “el único párrafo en que a propósito de la controversia sobre anticoncepción de emergencia, el TC parece hacerse cargo de los derechos de las mujeres, es para degradarlos a *“connotaciones afectivas muy importantes para las personas, las que son, sin duda, plenamente respetables”* (considerando 70, STC 740-2007)”.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Añazco, Y. Z. (2018). Comentario relativo a la sentencia del TC sobre la ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en tres causales. *Anuario de Derecho Público*, (1), 125-141.

## **CAPÍTULO I: Fallo del Tribunal Constitucional sobre la distribución gratuita de la píldora del día después en centros públicos de salud en Chile (STC 740-2007).**

### 1. Presentación

El fallo -objeto de análisis en el presente capítulo- fue pronunciado por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) el 18 de abril de 2008, a partir de un requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de parlamentarios, quienes impugnaron la constitucionalidad del Decreto Supremo N° 48 del Ministerio de Salud que establecía las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”. Entre aquellas normas, se disponía la distribución gratuita en centros públicos de salud de métodos de anticoncepción de emergencia, como la “píldora del día después”. Además se autorizaba la consejería profesional a adolescentes en materia de regulación de la fertilidad.

#### 1.1 ¿Qué es la anticoncepción de emergencia?

“Son métodos anticonceptivos que las mujeres pueden utilizar en los cinco días siguientes a una relación sexual sin protección anticonceptiva, con el fin de evitar un embarazo no deseado, siendo su eficacia más alta cuanto antes se tomen. Sólo debe usarse como método de emergencia y no en forma regular (...) Como anticoncepción de emergencia se usan píldoras de levonorgestrel puro o píldoras combinadas de etinil-estradiol y levonorgestrel, las que han sido evaluadas extensamente por la Organización Mundial de la Salud (1,2,6). En ambos regímenes se utilizan las mismas hormonas que se usan como anticonceptivos en forma regular. La diferencia es que se administran los esteroides en dosis más altas y solamente dentro de los cinco días que siguen a la relación no protegida.”<sup>3</sup>

Como señalan los médicos especialistas Horacio Croxatto y Soledad Díaz, miembros fundadores del Instituto Chileno de Medicina Reproductiva (ICMER), en concordancia con lo indicado por la Organización Mundial de Salud (OMS); la anticoncepción de emergencia consiste en métodos dirigidos a evitar embarazos no deseados después de una relación

---

<sup>3</sup> Díaz, S., & Croxatto, H. B. (2005). Anticoncepción hormonal de emergencia. *WR Barbato, JT Charalambopoulos. Editorial Corpus, Rosario, Argentina, 267-276.*

sexual no protegida o una violación. Entre los métodos más utilizados, destaca la “píldora del día después” y el “método Yuzpe”, en términos simples la principal diferencia entre ambas radica en la cantidad de píldoras que deben ingerirse -de forma oral-, en efecto, la píldora del día después puede presentarse en dos formatos, el primero se trata de una dosis única de 1.5 mg de levonogestrel puro y el segundo, es básicamente lo mismo, pero en dos dosis de 0.75 mg de levonogestrel puro cada uno. En cambio el “método Yuzpe”, consiste en una combinación de levonogestrel y etinilestradiol; aquel método se utiliza ingiriendo ciertos anticonceptivos de uso habitual en dosis más elevadas y concentradas, en específico, 0.03 mg de etinilestradiol y 0.15 de levonogestrel; para obtener el efecto deseado se deben tomar 4 píldoras primero y se repite la dosis (4 píldoras) después de 12 horas.

#### 1.2 Argumentación y normativa impugnada a juicio de los requirentes.

En primer lugar se impugnó la “Sección C: Tecnología anticonceptiva: Punto 3.3. Anticoncepción hormonal de emergencia y b) Párrafo 4 Anticoncepción No Hormonal, Punto 4.1.1 Dispositivos intrauterinos” del Decreto Supremo N° 48 del Ministerio de Salud; aquella sección consignaba la distribución gratuita de métodos de anticoncepción de emergencia, ya sea a través de la “píldora del día después” o el “Método Yuzpe”, además de la utilización del dispositivo intrauterino (DIU) “afirman los requirentes que el mecanismo de acción de los métodos individualizados sería idéntico, en cuanto a que producen una alteración endometrial que actúa impidiendo la anidación del individuo ya concebido y, desde tal perspectiva, indican, serian contrarios a los preceptuado en el art. 5 inciso segundo, 6º, 7º y 19, N°s. 1 y 26 de la Carta Fundamental.”<sup>4</sup>

En segundo lugar, se impugnó la “Sección D: Anticoncepción en población específica”, en cuanto se autorizaba y regulaba la consejería confidencial a adolescentes en materia de fertilidad, lo cual a juicio de los requirentes contravendría lo dispuesto por el artículo 19 N° 10 de la Constitución Política “(...) por cuanto, la consejería confidencial que se otorga a los adolescentes vulnera el derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos, reconocido en la norma constitucional.”<sup>5</sup>

En consecuencia, son dos los puntos sobre los cuales recae el requerimiento de inconstitucionalidad presentado ante el TC: la distribución gratuita en centros públicos de

---

<sup>4</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Rol 740-07 de 18 de abril de 2008. p. 2

<sup>5</sup> Ídem, p. 3

salud de métodos de anticoncepción de emergencia y la consejería confidencial a adolescentes en materia de fertilidad.

La argumentación de los parlamentarios requirentes, parte por señalar que la regulación contenida en el Decreto Supremo N° 48 del Ministerio de Salud (en adelante, D.S. N° 48 del MINSAL) es materia de ley. En aquel punto formulan dos argumentos. En primer lugar uno de carácter formal, pues sostienen que el referido D.S., al tratarse de una norma de carácter reglamentario, requiere de una norma legal habilitante para regular las materias de que trata y, en segundo lugar, plantean lo que será la tesis central en torno a la cual girará la mayor parte de su argumentación: “mediante la dictación de un D.S. cuestionado la Administración ha hecho lo que ni siquiera por ley se podría hacer: ha vaciado de contenido al más fundamental de los derechos humanos -el derecho a la vida-.”<sup>6</sup> En efecto, aquella afirmación se formula sobre la base de un razonamiento que da por cierto que las normas que autorizan el acceso universal a la anticoncepción de emergencia, suponen una afectación a los derechos que -a su juicio- la Constitución Política habría otorgado al no nacido, en específico, su derecho a la vida.

Cabe detenerse en este punto para entender la lógica interna del razonamiento empleado por los diputados, pues de lo planteado se desprenden dos hipótesis que los requirentes dan por ciertas para fundar su argumentación. En primer lugar, que la Constitución Política, en su artículo 19 N° 1, reconocería desde la concepción al no nacido el estatus de persona, por lo cual cabría extenderle la titularidad al derecho a la vida que la norma reconoce en su inciso primero. En segundo lugar, en razón de lo anterior, los métodos de anticoncepción de emergencia se configurarían como un atentado al derecho a la vida del no nacido, bajo el supuesto de que los referidos métodos serían abortivos.

En el segundo capítulo de inconstitucionalidad del requerimiento, titulado “eventual vulneración al derecho a la vida”, profundizan en las dos ideas sintetizadas en el párrafo anterior. Fundan sus hipótesis, primero, haciendo referencia a jurisprudencia de la Corte Suprema. Citan una sentencia pronunciada el 30 de agosto de 2001 en recurso de protección caratulado “Philippi Izquierdo con Laboratorio Chile S.A.” (rol 2186-01), señalando que el medicamento contiene la hormona de síntesis Levonogestrel 0.75 mg, es la misma que la Corte Suprema calificó en aquel fallo como una amenaza al derecho a la vida del concebido y no nacido, haciendo hincapié en el hecho de que, la única diferencia

---

<sup>6</sup> Ídem, p. 3.

que existiría entre la píldora prohibida el año 2001 y la que autoriza el cuestionado Decreto Supremo, sería su nombre de fantasía.

Más adelante, los requirentes se refieren al estatuto jurídico-constitucional aplicable al no nacido en Chile, con ese propósito recuerdan que el art. 19 N° 1 de la Constitución consagra el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas y que el inciso segundo de dicha norma indica que la ley protege la vida del que está por nacer, “esto es, la vida del embrión, confiriéndole a este, por tanto, la calidad de sujeto de derecho en nuestro ordenamiento jurídico”<sup>7</sup>. Enseguida, hacen referencia a normativa internacional, reconociendo que el art. 5 inciso segundo de la Constitución hace aplicable dicha normativa a Chile, en ese contexto citan el art. 4 N° 1 del Pacto de San José de Costa Rica y la Convención por los Derechos del Niño. En tercer lugar, buscan refrendar su análisis en lo dispuesto por el art. 75 del Código Civil, pues “esta regla jurídica, a entender de los requirentes, sería la mejor demostración de que el concebido adquiere derechos aunque todavía no se produzca su existencia civil. De esta forma, aducen, al reconocerse a aquel como un sujeto digno de protección jurídica, resulta evidente que ello apunta al derecho a la vida, ya que este el único “patrimonio” que a esa altura tiene un embrión humano”<sup>8</sup>.

En cuarto lugar, señalan que la normativa del D.S. en cuestión, constituye una vulneración a la “doctrina de los actos propios de la Administración”, pues en la década de los 90 el Ministerio de Salud “prohibió la venta del mismo producto farmacéutico que hoy a decidido distribuir a la población, agregando que tal prohibición se fundó en hechos que no se han modificado hasta ahora. A saber: al impedir la anidación del embrión, el método generaba un efecto abortivo contrario a la juridicidad vigente”.

En el mismo sentido, citan el “principio pro vida” a efectos de argumentar “que en todo Estado de Derecho existe un principio de ética publica que debe ser aplicado, principalmente cuando es la autoridad publica la que actúa, en el sentido siguiente: ante la posible duda sobre la amenaza de muerte por utilización de una droga, el Estado debe actuar a favor de la vida (...)”<sup>9</sup>. Agregando que “dado el sello distintivo que posee nuestro ordenamiento jurídico, en orden a defender la vida del que esta por nacer, mandato constitucional dado al legislador que se cumple entre otras muchas disposiciones de

---

<sup>7</sup> Ídem, p. 4

<sup>8</sup> Ídem, p. 4

<sup>9</sup> Ídem, p. 5

nuestro ordenamiento jurídico con la siguiente: “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto” (Ley 18.826 Modificatoria del Código Sanitario)”<sup>10</sup>.

Por último, seleccionan dos sentencias internacionales que a su juicio razonan siguiendo la misma línea de pensamiento, citando para estos efectos lo dicho por la Corte Suprema de Costa Rica en sentencia de 15 de Marzo de 2000 y la Corte Suprema Argentina el 5 de Marzo de 2002.

El tercer capítulo de inconstitucionalidad se refiere a que las disposiciones administrativas impugnadas serían contrarias a la “igualdad ante la ley”, pues la autoridad pública estaría incurriendo en una discriminación que no es admitida por la Constitución Política, al garantizar la distribución universal de métodos de anticoncepción de emergencia que el 2001 la Corte Suprema prohibió, en virtud de la protección que el ordenamiento jurídico reconocería a la vida del que está por nacer, generándose una discriminación arbitraria pues la única diferencia entre los fármacos en cuestión, es su nombre de fantasía.

En el cuarto, y último capítulo del requerimiento de inconstitucionalidad, sostienen que las normas administrativas cuestionadas pueden contravenir el derecho preferente y el deber de los padres a educar a sus hijos, para estos efectos citan el art. 19 N° 10 inciso tercero de la Constitución Política; concluyendo que la disposición que otorga consejería a adolescentes en materia de fertilidad sin el consentimiento ni conocimiento de los padres del decreto impugnado, configura una contravención ilegítima a la preceptiva constitucional.

### 1.3 Observaciones al requerimiento formuladas por el Ejecutivo

El Decreto Supremo N° 48 del MINSAL, cuyas normas originaron la presente controversia jurídico-constitucional, fue dictado en febrero del año 2007 durante el primer gobierno de la ex Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria, quien defendió la constitucionalidad del acto administrativo impugnado. Con ese propósito formuló una serie de observaciones de carácter general, para pasar posteriormente a hacerse cargo de cada uno de los capítulos de inconstitucionalidad presentados por los requirentes.

Dentro de las observaciones de carácter general, la ex Presidenta de la República señaló que la dictación del acto administrativo impugnado se corresponde con el cumplimiento de los objetivos planteados en materia sanitaria para la década, aquello se sintetiza en la formulación siguiente “de un lado, mejorar la salud de la población,

---

<sup>10</sup> Ídem, p. 5

prolongando la vida y los años de vida libres de enfermedad. Del otro, reducir las desigualdades en salud, mejorando la salud de los grupos mas desfavorecidos de la sociedad (...) dentro del mencionado objetivo general de reducir las desigualdades, se ubicaría la idea de regular una adecuada política de salud reproductiva que tienda a la reducción, por una parte, de la mortalidad materna e infantil y, por otra parte, del embarazo no planificado (...) b) la reducción de los abortos, mejorando la oferta y la calidad de los servicios en materia de salud sexual y reproductiva, localizando los esfuerzos en las mujeres que, según los estudios realizados, presentan un mayor riesgo de interrumpir voluntariamente su embarazo; c) la reducción del embarazo no deseado en las adolescentes, promoviendo una maternidad y paternidad responsables, con pleno respeto de las creencias y valores de cada persona.”<sup>11</sup> Señala que la misión del D.S Nº 48 de 2007 fue continuar con la política de regulación de la fertilidad iniciada el año 1962, que estuvo dirigida a “reducir la alta incidencia de abortos inducidos y sus complicaciones, y disminuir el alto costo asociado a su tratamiento”<sup>12</sup>.

La ex Presidenta de la República, afirma que estas normas se enmarcan dentro de una política de Estado que cumple lo dispuesto en el art. 113 de la Constitución Política, el cual obliga a la Administración a establecer “una política nacional de desarrollo”<sup>13</sup>.

Respecto a la regulación específica dirigida a adolescentes, señala que la entrega de métodos de anticoncepción a este grupo de la población es un deber de las autoridades, reconociendo que los padres son los primeros obligados a transmitir valores a sus hijos y que son ellos quienes debiesen acompañarlos a centros de salud en caso de requerir un anticonceptivo, sin embargo manifiesta “el Estado no puede desconocer que esta realidad en muchos casos no se da” y que “cuando un adolescente pide un anticonceptivo después de haber tenido una relación sexual, no le corresponde al Estado juzgar esa situación” sino que “debe prestar la atención necesaria (...) a través de un profesional que ponga especial atención en la madurez y en las circunstancias particulares del menor”<sup>14</sup>. En el mismo sentido, la ex Presidenta de la República enfatiza en el respeto, que desde su gobierno se busca garantizar, a las creencias de todas las personas, por lo que el factor de “voluntariedad” es un aspecto que tiene en cuenta el acto administrativo impugnado, ya que este dispone de manera expresa que el Estado “no impone ni obliga a nadie al uso de

---

<sup>11</sup> Ídem, p. 8

<sup>12</sup> Ídem, p. 9

<sup>13</sup> Ídem, p. 10

<sup>14</sup> Ídem, p. 9

un determinado método anticonceptivo; simplemente pone a disposición de quienes lo soliciten las alternativas que permiten decidir que método va mas acorde con sus necesidades tanto biológicas como valóricas”<sup>15</sup>.

En cuanto al fondo del requerimiento, la ex Presidenta de la República destaca que el debate central en el plano científico gira en torno al establecimiento de los efectos de la contracepción de emergencia sobre la ovulación, la fertilización y, en particular, sobre la implantación, ya que la comunidad científica está conteste en el hecho de que no hay técnicas que permitan comprobar la existencia de un embarazo antes de la implantación; lo anterior es relevante considerando que la prueba del delito de aborto supone la comprobación del embarazo. En relación a este último punto, cita doctrina penal internacional y nacional para señalar que, en la actualidad hay acuerdo mayoritario, en torno a que la protección penal procede desde la anidación del ovulo fecundado, de este modo la ex mandataria sostiene que “no seria jurídicamente acertado atribuir efectos abortivos a un fármaco que, reconocidamente, no tiene efectos después de la implantación”<sup>16</sup>.

En relación a la normativa internacional, la ex Presidenta de la República sostiene que la interpretación del art. 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos que efectúan los requirentes es errada, pues la Comisión Interamericana señaló en 1981 que dicha norma no debe ser interpretada en el sentido de que otorga una protección absoluta a la vida desde la concepción. Respecto a la Convención por los Derechos del Niño, la ex mandataria descarta su utilidad para resolver el problema de cuando comienza la protección al derecho a la vida, ya que el art. 1 de dicho instrumento tiene por objeto definir “hasta cuando” y no “desde cuando” se reconocen derechos a los niños, niñas y adolescentes.

En cuanto a lo dispuesto por la Constitución Política en relación al derecho a la vida, enfatiza en que el art. 19 N°1 otorga una protección diferenciada, pues en el inciso primero reconoce un derecho subjetivo a la vida a las personas nacidas, mientras en el inciso segundo establece el deber del legislador de dar protección a la vida del que está por nacer, en consecuencia “una interpretación que entienda que el inciso primero otorga una protección idéntica a nacidos y no nacidos, a juicio de la mandataria, llevaría a considerar que inciso segundo del aludido precepto constitucional sería irrelevante (...) afirma,

---

<sup>15</sup> Ídem, p. 9

<sup>16</sup> Ídem, p. 15

además, que la Constitución no dice que la vida comienza desde la concepción. Tampoco lo descarta, pero deja eso entregado al legislador.”<sup>17</sup>

Sobre la denuncia sostenida por los requirentes en referencia a que el acto administrativo implica una “eventual vulneración de la igualdad ante la ley”, la ex Presidenta de la República explica desde otra óptica el asunto, señalando que la verdadera desigualdad se provocaría de acogerse el requerimiento de autos, pues se estaría discriminando a las personas que se atienden en el sistema público de salud, quienes no podrán acceder a los métodos anticonceptivos impugnados, mientras quienes tengan los recursos suficientes podrán acceder a ellos en farmacias, esta situación es la que realmente generaría una desigualdad ilegítima, a juicio de la ex Presidenta.

Respecto al capítulo de inconstitucionalidad referido a la eventual vulneración del art. 19 N° 10 inciso tercero de la Constitución Política, la ex mandataria reitera que el acto administrativo impugnado no impone deberes ni prohibiciones a los padres, así como tampoco obliga al uso de métodos de anticoncepción de emergencia a adolescentes que por diversos motivos no quieran utilizarlos. Por último, hace referencia a la titularidad de los niños, niñas y adolescentes del derecho a la vida privada -art. 19 N° 4 de la Constitución Política- que ampara la confidencialidad entre el médico y el paciente; en el mismo sentido, sostiene que “la Carta Fundamental reconoce una titularidad amplia en materia de derechos constitucionales y que los niños son, en consecuencia, titulares, entre otros, de los derechos a la privacidad, de libertad de conciencia y a la salud, consagrados en la Constitución”<sup>18</sup>, en este punto destaca el cambio de paradigma que implicó la Convención por los Derechos del Niño en cuanto los niños, niñas y adolescentes ya no son considerados como objeto de protección de parte del Estado y la sociedad, sino como sujetos de derechos originarios, en virtud de lo cual se reconoce su autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos, en cuyo ejercicio no pueden ser reemplazados por la voluntad de los padres, “los que si pueden y deben orientar a sus hijos (...) Indica que es el adolescente quien debe ejercer este derecho. Los padres pueden guiarlo, pero de una manera que se corresponda con la evolución de sus facultades.”<sup>19</sup>

#### 1.4 Razonamiento del Tribunal Constitucional y fallo

La sentencia parte por fundamentar su rechazo a la sección del requerimiento que denuncia que las normas del decreto supremo impugnado -al otorgar consejería

---

<sup>17</sup> Ídem, p. 16

<sup>18</sup> Ídem, p. 17

<sup>19</sup> Ídem, p. 18

confidencial a adolescentes en materia sexual- implican una contravención al derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos e hijas, consagrado en en el art. 19 N° 10 inciso tercero de la Constitución Política.

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) analiza brevemente la normativa constitucional y orgánica referente al concepto de educación, para distinguir el rol que incumbe a los padres en el plano de la educación formal (elección del establecimiento educacional) e informal, reconociendo que en ambos su rol es central de diferentes formas; y que la educación sexual constituye “un aspecto de la educación en que cobran especial relevancia los valores en que se fundamenta, y de ella no puede excluirse a los padres de los menores que la reciban, lo que sería inconstitucional.”<sup>20</sup>

El TC sostiene que las normas que otorgan consejería confidencial a adolescentes en materia sexual, no contravienen el derecho de los padres a educar a sus hijos, pues no les impiden elegir el establecimiento educacional para ellos (educación formal) ni obstruyen su derecho/deber de transmitirles conocimientos y valores en materia sexual (educación informal), lo cual a juicio del TC es suficiente para rechazar esa parte del requerimiento.

Tras resolver ese asunto, el TC pasa a analizar la constitucionalidad de las normas referentes a los métodos de anticoncepción de emergencia. En este punto, el Tribunal hace referencia a las normas constitucionales que los requirentes estiman conculcadas, al considerar que los referidos métodos tienen un efecto abortivo. Lo anterior resulta relevante, pues como será posible observar, el TC analiza el tema y formula todo su razonamiento teniendo como consideración única, el eventual efecto abortivo de la anticoncepción de emergencia -argumento central de los requirentes- sin hacer un esfuerzo por considerar la controversia desde una perspectiva que involucre otros aspectos, como los derechos de las mujeres y personas gestantes.

En consecuencia, los sentenciadores se centran en descifrar los mecanismos de acción de los métodos de anticoncepción de emergencia, constatando que los especialistas coinciden en la complejidad de esta tarea, entre otros motivos, porque sus efectos dependerán de la etapa del ciclo menstrual en el que se ingieren. En este punto, el TC adelanta lo que se será su conclusión final, en orden a prohibir la distribución gratuita de los referidos métodos en centros públicos de salud, pues señala que la contradictoriedad médica dificulta su convencimiento en torno a que los métodos no implican una afectación

---

<sup>20</sup> Ídem, p. 39

a “la vida del ser humano concebido aunque no nacido, que merece plena protección constitucional”.<sup>21</sup>

Cabe detenerse en este punto, a efectos de exponer los dos elementos que posteriormente serán centrales para fundar lo que el TC denominó “duda razonable”, ante la cual lo más conveniente, jurídicamente, sería acoger el requerimiento. Pues dicha duda razonable se construye sobre la base de dos premisas: en primer lugar, la plena -y por tanto absoluta- protección del no nacido desde la concepción, que la Constitución Política mandata al legislador a garantizar y, en segundo lugar -como efecto de lo anterior- toda forma de aborto será inconstitucional.

En un esfuerzo por refrendar su posición sobre la dificultad que implica -y ha implicado- para los tribunales que han debido resolver sobre la materia, el TC cita las conclusiones a las que ha arribado la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema, además del Tribunal Constitucional de Ecuador; frente a lo cual el TC concluye “para estos sentenciadores, como para los que se han citado, la falta de consenso entre los especialistas y, por ende, la falta de certeza acerca de las posibles consecuencias de la anticoncepción de emergencia, como es que impida la implantación de un ser humano con las características propias de tal, resulta evidente. Tal evidencia tiene un impacto determinante en los efectos de la presente sentencia, pues incide, ni mas ni menos, que en el momento mismo del comienzo de la vida de un ser humano que, como se explicará más adelante, el ordenamiento constitucional busca cautelar de manera preferente”<sup>22</sup>.

En el análisis específico de la “protección constitucional de la vida en Chile”, el TC se aboca a determinar desde cuando estamos frente a una persona, en tanto titular del derecho a la vida que la Constitución consagra. Con este propósito selecciona doctrina constitucional conteste en considerar que la vida comienza desde la concepción, para estos efectos se cita autores con una marcada tendencia ideológica influida por creencias religiosas que aseveran lo anterior, como el Informe en Derecho acompañado por la Fundación Instituto de Estudios Evangélicos.

A fin de asentar la conclusión anterior, el TC selecciona jurisprudencia internacional que se pronuncia en el mismo sentido, en específico, la Corte Suprema de Costa Rica y la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. En la misma argumental, confirma la

---

<sup>21</sup> Ídem, p. 50

<sup>22</sup> Ídem, p. 53

interpretación formulada por los requirentes sobre el alcance del art. 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Tras asentar las ideas anteriores, el TC retorna al análisis de la constitucionalidad de las normas impugnadas del D.S. Nº 48 del MINSAL. Al respecto, se reiteran las contradicciones entre los especialistas a favor y en contra de la píldora del día después, estableciendo que dichas posiciones “son equivalentes en cuanto ambas sustentan, con idéntico vigor y convicción, su particular punto de vista”<sup>23</sup>, pero que “existe un elemento que, a juicio de estos sentenciadores, neutraliza tal equivalencia y que tiene que ver con el efecto que ha de producirse de acogerse una u otra posición (...) si se sigue la tesis de quienes sostienen -como además lo entendió nuestro propio constituyente- que la vida comienza con la concepción esto es por la unión del óvulo y del espermatozoide, un eventual efecto de las píldoras del día después que impidiese la implantación de un ser vivo -o de una persona- se transformaría en un aborto del todo contrario a la protección constitucional de la vida del que está por nacer que ha impuesto la Constitución al legislador y que, como todo derecho fundamental, impone a todos los órganos del Estado la obligación de respetar y promover. De esta forma, la equivalencia que pudiera existir, en un primer análisis, entre las posiciones de los especialistas que han aportado elementos de convicción a este proceso, se rompe, pues una de ellas produce un resultado inconstitucional mientras que la otra no.”<sup>24</sup> Es así, como para el TC se configura la duda razonable que funda su fallo.

El TC se refiere a criterios hermenéuticos desarrollados por la teoría de los derechos fundamentales, para ello recurre a lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido como principio “pro homine”, que establece que la interpretación debe inclinarse por aquella que haga prevalecer la norma más favorable a la persona humana, lo que en este caso obligaría al juez constitucional a aplicar la normativa que mejor satisfaga la protección del derecho a la vida otorgada al no nacido.

Por último, el TC señala que no escapa a la consideración de esa Magistratura el impacto de su decisión, ya que la materia sobre la que se está fallando “tiene también connotaciones afectivas muy importantes para las personas, las que son, sin duda, plenamente respetables. No obstante, en la misma línea estrictamente jurídica que caracteriza a toda sentencia, es preciso recordar que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona,

---

<sup>23</sup> Ídem, p. 63

<sup>24</sup> Ídem, p. 63- 64

institución o grupo”<sup>25</sup>. De esta forma, el TC acoge el requerimiento en base a la teoría de la duda razonable sobre los eventuales efectos abortivos de los métodos de anticoncepción de emergencia.

#### 1.5 Voto disidente del señor Hernán Vodanovic Schnake

Considero relevante hacer mención a los fundamentos esgrimidos por este voto disidente para arribar a conclusiones completamente diferentes a las del voto de mayoría; pues varias de las consideraciones que fundan su análisis guardan coincidencia con aquellas que casi diez años después -durante la tramitación del requerimiento de inconstitucionalidad del proyecto de ley de aborto en tres causales- el voto de mayoría del TC mirará con especial atención al momento de fallar.

En primer lugar, sostiene que la Constitución Política debe ser interpretada de tal forma que permita la diversidad cultural, de creencias y expresión, en virtud de ello, el TC en su rol de garante del orden constitucional no puede resolver la controversia teniendo “como sustento o referencia concepciones religiosas o morales singulares que son profesadas por los solicitantes en ejercicio del régimen de libertades que el propio régimen constitucional les asegura, resultando evidente que no pueden ser usadas para imponerse a los otros miembros de la comunidad”<sup>26</sup>.

En relación a los derechos fundamentales, señala que su titularidad está radicada en la persona o grupos determinables de personas y que, tanto la Constitución Política como el ordenamiento jurídico en su conjunto no entregan una definición de lo que debe entenderse por persona, enfatizando en que no se establece desde qué momento se tiene tal estatus jurídico “en este sentido, la única norma que puede dar alguna luz al respecto es la del artículo 1º, que contiene un reconocimiento de la dignidad humana y los valores fundamentales de libertad e igualdad que de ella derivan, a partir del nacimiento de las personas. Desde ese prisma, el derecho considera persona, en cuanto titular de dignidad y de derechos fundamentales emanados de ella, al ser humano ya nacido, y así lo ha considerado nuestro ordenamiento, recogiendo dichos principios en los artículos 55 y siguientes del Código Civil al diferenciarse existencia natural de existencia legal, y también por parte del orden penal, al no concebir el tipo de aborto como un delito contra las personas, sino como un delito en contra del orden de la familia”<sup>27</sup>. En consecuencia, serían distinguibles por una lado, la vida humana “consolidada y plena” que claramente está

---

<sup>25</sup> Ídem, p. 65

<sup>26</sup> Ídem, p. 85

<sup>27</sup> Ídem, p. 86

amparada por el derecho a la vida, y por otra, la vida por nacer, que no está reconocida como persona sino “que puede llegar a tener un cierto estatuto jurídico de protección y de titularidad de derechos eventuales, condicionados al nacimiento”<sup>28</sup>.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, el voto disidente entiende que respecto a la protección a la vida del nasciturus hay un “interés constitucionalmente relevante para el ordenamiento jurídico”<sup>29</sup>, pero que ello no es sinónimo de conferirle derechos subjetivos como el derecho a la vida, sino que es una orientación al legislador, quien puede materializarla de diversos modos en el marco de su autonomía.

En relación al aborto, sostiene que este es no un ilícito constitucional pues no existe norma que así lo disponga, y que sostener que el aborto constituye un ilícito constitucional basado en una interpretación que busque desentrañar la intención del constituyente a su juicio es errado, pues no sólo es inexacto sino que además implica dotar de legitimidad actual a las actas de órganos asesores de la Junta Militar, lo cual es incompatible con “los presupuestos mínimos de un Estado constitucional y democrático como el actual”<sup>30</sup>. Sobre la inexactitud del argumento histórico, el autor de este voto de minoría, sostiene que si bien Jaime Guzmán, miembro de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución manifestó su posición en torno a que la protección al nasciturus debía ser absoluta, señalando que la madre debía tener al hijo “aunque este salga anormal, aunque no lo haya deseado, aunque sea producto de una violación o aunque de tenerlo, derive en su muerte”<sup>31</sup>, esta moción finalmente no fue aceptada por el resto de los miembros de dicha comisión asesora de la dictadura.

Acerca de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, el autor asevera que a pesar de no encontrarse explícitamente consagrados en el catálogo de derechos del art. 19 de la Constitución Política, sí se garantiza el derecho a la integridad física y psíquica, a la libertad personal, libertad de creencias y el derecho a la vida privada “conjunto de derechos que atribuyen a la mujer libertad para decidir cuando desea vivir o no la maternidad, de forma libre y consciente.”<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> Ídem, p. 86

<sup>29</sup> Ídem, p. 87

<sup>30</sup> Ídem, p. 87

<sup>31</sup> Ídem, p. 87

<sup>32</sup> Ídem, p. 89

El autor de este voto sostiene que los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres deben ser respetados, con este fin visualiza dos vías complementarias. Por un lado, los derechos constitucionales que en su conjunto ordenan garantizar el libre desarrollo de la personalidad y, por otro, la normativa internacional, que por aplicación del inciso segundo del art. 5º de la Constitución Política constituye “un imperativo para esta Magistratura tener presente como parte integrante del parámetro de control de constitucionalidad del decreto cuestionado”<sup>33</sup>. Ello, para referirse a un instrumento internacional de capital importancia, como lo es la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW por sus siglas en inglés).

La CEDAW en su art. 1º establece lo que se entenderá por discriminación contra la mujer, esto es “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.” En efecto, aplicar esta norma general es de cabal importancia para establecer el alcance del mandato que la Constitución entrega al legislador en el inciso segundo del art. 19 Nº 1 en orden a proteger la vida del que está por nacer.

En este punto el autor es claro, lo que los requirentes intentan es asentar la idea de que en la mujer recae el deber jurídico irrestricto de aceptar el estado de embarazo, generando una obligación que a todas luces restringe el ejercicio de sus derechos fundamentales, lo que constituye una discriminación basada en el sexo, en los términos del art. 1 de la CEDAW.

“Aclarado que el nasciturus no es un sujeto que goce de titularidad de derechos fundamentales, cabe recalcar que no nos encontramos en frente de un conflicto de derechos fundamentales, sino ante uno aparente entre un interés de relevancia constitucional, protegido por un mandato de acción legislativa, y un derecho fundamental. En efecto, sólo podríamos hablar de un conflicto real, y no aparente, si la tensión se produjere entre dos intereses o entre dos derechos, cuyo no es el caso.”<sup>34</sup> La cita anterior sintetiza de forma bastante clara la conclusión a la que arriba el autor, tras analizar el estatus jurídico del nasciturus y los derechos fundamentales de la mujer involucrados en la

---

<sup>33</sup> Ídem, p. 89

<sup>34</sup> Ídem, p. 90

controversia; lo que, a su juicio, debió haber guiado el razonamiento del voto de mayoría del Tribunal, en orden a rechazar el requerimiento en todas sus partes.

#### 1.6 Consideraciones finales

Concluida la exposición de los razonamientos que fundaron las posturas adoptadas por los requirentes, la ex Presidenta de la República, el voto de mayoría de Tribunal Constitucional y uno de los votos de minoría en relación a la constitucionalidad de las normas del acto administrativo impugnado, formularé algunas consideraciones finales.

Identificar los aspectos cruciales que atraviesan el debate jurídico sometido a decisión del Tribunal Constitucional el año 2008, implica partir por dejar en evidencia que los razonamientos expuestos divergen en sus conclusiones porque, a pesar de algunos puntos de análisis en común, abordan la controversia desde perspectivas que dan cuenta de una comprensión distinta respecto a lo que se está discutiendo. Por un lado, los requirentes proponen un análisis absolutamente restrictivo del asunto, en que lo único relevante es el eventual efecto abortivo de la píldora del día después en tanto amenaza al derecho a la vida que la Constitución, a su juicio, garantiza al no nacido. Lamentablemente, dicha forma de abordar la controversia, fue plenamente acogida por el voto de mayoría del Tribunal Constitucional. Digo lamentablemente no sólo por no estar de acuerdo con las premisas sobre las que se construyó la argumentación de los requirentes y el TC en su voto de mayoría, sino porque dicha forma de razonar ni siquiera intenta hacerse cargo de otras consideraciones de evidente relevancia a la hora de abordar la constitucionalidad de la anticoncepción de emergencia, esto es, los derechos de las mujeres. Resulta insólito que el año 2008, estando vigentes en Chile tratados internacionales como la Convención Belem do Pará y la CEDAW, el TC haya adoptado la perspectiva descrita.

Por otro lado, nos encontramos con puntos de vista que analizan la controversia con inclusión de aquellos elementos que el TC en su voto de mayoría decidió omitir. En esta línea podemos ubicar al razonamiento argumental del señor Hernan Vodanic Schnake, quien situó la controversia desde una perspectiva que dio relevancia a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

## **CAPÍTULO II. FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE AUTORIZA LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN TRES CAUSALES (RoI Nº 3729(3751)-17)**

### **2. Presentación**

El fallo -objeto de análisis en el presente capítulo- fue pronunciado por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) el 28 de agosto de 2017, a partir de un requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de parlamentarios/as, respecto de las normas del proyecto de ley que “Regula la Despenalización de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Tres Causales”, correspondiente al Boletín Nº 9895-11. Aquel proyecto de ley contemplaba modificaciones al Código Sanitario y al Código Penal. Respecto al primer cuerpo legal, sustituía el contenido del art. 119 para dar lugar a la interrupción voluntaria del embarazo por un médico cirujano en tres causales, a saber : 1) que la mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida; 2) que el embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal; 3) que el embarazo sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación, y tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación, cabe precisar en este punto, que sólo en esta causal hay un plazo legal para interrumpir el embarazo. Además, en el marco de las tres causales, el proyecto de ley regulaba el derecho de la mujer a acceder a un programa de acompañamiento personalizado y respetuoso de su libre decisión, y que en caso de ser discriminada arbitrariamente en el proceso de acompañamiento, la mujer podrá hacer efectiva la acción contemplada en los artículos 3 y siguientes de la ley Nº 20.609 -conocida como ley “Zamudio”- que establece medidas contra la discriminación arbitraria. En segundo lugar, introducía un nuevo art. 119 bis al Código Sanitario, en que se especificaban los requisitos legales para establecer la concurrencia de cada causal, respecto a la primera se deberá contar con un diagnóstico médico, para la segunda causal se deberá contar con dos diagnósticos médicos en igual sentido de especialistas, y en el caso de la tercera causal, de un equipo de salud, especialmente conformado para esos efectos, que deberá confirmar la concurrencia de los hechos que lo constituyen y la edad gestacional. Por último, el proyecto de ley establecía un nuevo art. 119 ter al Código Sanitario, que regulaba la objeción de conciencia -estableciendo que esta será siempre de carácter personal y en ningún caso podría ser invocada por una institución- y las obligaciones de los establecimiento de salud en cada caso. En concordancia con la modificación a la legislación sanitaria, el proyecto disponía un cambio en la tipificación del delito de aborto contenido en el art. 344 del Código Penal, en términos de que dicho delito no se configurará en los casos permitidos por la ley.

En los siguientes apartados desarrollaré una exposición estructurada de forma similar a la presentada en el capítulo anterior, en que me detendré en las alegaciones que fundan el requerimiento de inconstitucionalidad, las réplicas formuladas por el gobierno de la época en defensa de la constitucionalidad del proyecto de ley impugnado. Posteriormente, previo a desarrollar el razonamiento del TC en su fallo, daré cuenta de los cuatros conflictos constitucionales en que el tribunal sistematizó el asunto sometido a su decisión y, en mismo apartado, expondré la argumentación final de los actores en relación a la incidencia del Derecho Internacional en las controversias constitucionales.

### 2.1 Argumentación y normativa impugnada a juicio de los requirentes

Las y los requirentes inician la fundamentación de su libelo con un argumento formulado en base al art. 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución Política, pues a su juicio el proyecto de ley -al establecer tres causales en que es lícita la interrupción voluntaria del embarazo- pugna con la disposición constitucional que mandata al legislador la protección de la vida del que está por nacer, por tanto, el proyecto de ley sería inconstitucional pues, a su parecer, dicha norma no admite excepciones ni relativizaciones que tiendan a desproteger en sentido alguno el derecho a la vida del nasciturus. Sobre esa base el resto de las disposiciones del proyecto son igualmente inconstitucionales por extensión, en tanto buscan dar efectividad a la normativa que autoriza la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

Los y las senadoras requirentes recuerdan que el actual art. 119 del Código Sanitario prohíbe toda forma de aborto directo o provocado, y aseguran que la normativa propuesta por el proyecto de ley no se limita a despenalizar el aborto en tres causales, sino que establece una verdadera legalización de la conducta, pues genera el nacimiento de un derecho para las mujeres frente a terceros, quienes podrán exigir el aborto -cuando concurra alguna de las causales- como una prestación médica. Al efecto, hacen mención al mensaje presidencial que acompañó la presentación del proyecto de ley ante el Congreso Nacional, donde se señala que “en el centro de la propuesta están los derechos de las mujeres”<sup>35</sup>. En el mismo sentido se pronuncian los diputados/as requirentes, quienes enfatizan en que el proyecto de ley va más allá de la mera despenalización del aborto en tres causales, pues -reiteran- no sólo quita la criminalidad al acto, sino que se introducen elementos adicionales que dan cuenta de que se está legalizando la conducta “a través de la generación de una serie de preceptos y estatutos, derechos y obligaciones mutuas entre

---

<sup>35</sup>TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Rol 3729 de 28 de agosto de 2017

los intervinientes”<sup>36</sup>. En definitiva, lo que los requirentes buscan resaltar en este punto es que la normativa del proyecto de ley impugnado, no sólo exime de responsabilidad penal a las mujeres que aborten en el marco de alguna de las tres causales, sino que además contempla el derecho de las mujeres a acceder a esa prestación en el sistema de salud, esto es, a ser atendida por un médico o equipo de salud en una clínica u hospital establecido, y a un programa de acompañamiento que sea respetuoso de su libre decisión.

“Vale la pena detenerse en este asunto. Ninguno de los requerimientos aclara en qué consistiría el *plus* de lesividad que invocan. En otras palabras, ¿por qué sería menos lesivo para el feto que una mujer aborte fuera de un hospital en lugar de que lo haga dentro de un establecimiento de salud, con condiciones sanitarias garantizadas? ¿en qué sentido, la vida prenatal resultaría menos afectada en el primer caso que en el segundo supuesto? Resulta evidente que en ambos casos la mujer podría legítimamente consentir en interrumpir su embarazo y tal decisión afectaría irremediabilmente la vida gestacional, destruyéndola. Desde la perspectiva del feto, entonces, la distinción entre despenalizar y legalizar no es relevante en el plano material”.<sup>37</sup>

Lo que la profesora Yanira Zúñiga sintetiza en la cita precedente, es un cuestionamiento de carácter lógico a la argumentación formulada por los actores, quienes partieron planteando -como argumento basal a su requerimiento- que el proyecto de ley impugnado contraviene el art. 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución Política, pues el mandato dirigido al legislador en relación a dar protección de la vida del nasciturus es de carácter absoluto, es decir, no caben consideraciones de ningún tipo que tiendan a limitar el supuesto derecho a la vida de que sería titular el nasciturus. En consecuencia, no es posible observar una conexión lógica entre ese argumento y el planteamiento posterior, que expone su disconformidad con el hecho de que la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante, IVE) en el marco de alguna de las tres causales, se realice en un entorno seguro para la mujer desde el punto de vista sanitario.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Ídem, p. 16

<sup>37</sup> Zuñiga Añazco, Yanira (2018). Comentario relativo a la sentencia del TC sobre la ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en tres causales. *Anuario de Derecho Público*, (1), p. 134.

<sup>38</sup> “La distinción entre legalizar y penalizar a la que aluden los requirentes parece relacionarse más con el plano simbólico que con el plano material. Es decir, concierne a la mantención o desestabilización del orden social de género y no necesariamente al impacto efectivo de la protección de la vida intrauterina. En el plano simbólico el plus de disvalor consiste en la relativización de la normatividad social de la maternidad. Al trastocar la representación social de la

## 2.2 Observaciones del Ejecutivo y el señor Presidente la H. Cámara de Diputados al requerimiento

En su traslado, la ex Presidenta de la República Michelle Bachelet, hizo presente la legitimidad democrática del proceso de discusión legislativa que precedió la aprobación en ambas Cámaras del proyecto de ley impugnado, señalando que el debate dado en el seno del Congreso Nacional contempló la opinión de diversos sectores de la sociedad, alcanzándose un acuerdo de mayoría al interior de los órganos llamados a ejercer la soberanía popular, sobre los cuales existe control político. En el mismo sentido, el señor Marco Antonio Núñez, Presidente de la Cámara de Diputados de la época, refrendó la importancia de considerar el proceso democrático tras la aprobación del proyecto de ley impugnado, pues, señala, esta parece ser una cuestión obviada por los requirentes en sus libelos. Además, agrega que el TC “es un tribunal de derecho y la cuestión de constitucionalidad siempre un conflicto de corte normativo, por lo que las cuestiones morales, éticas, socioculturales o axiológicas son ajenas a su competencia (...) Enlazado con lo anterior, tanto la Jefa de Estado como el señor Presidente de la Cámara compareciente, refieren que esta Magistratura debe deferencia al legislador, criterio útil para hacer frente a la tensión entre justicia constitucional y democracia.”<sup>39</sup>

En segundo lugar, la ex Presidenta de la República puntualiza que el proyecto de ley en cuestión no legaliza el aborto libre, sólo lo despenaliza en tres causas extremas. Agregando que “el articulado del proyecto no puede producir abortos, dado que estos ya existen en Chile, buscando mas bien hacerse cargo de una dramática realidad, dado que la persecución penal no es un buen método para evitarlos. Hoy en Chile se practican abortos de manera insegura, afectándose a las mujeres que se encuentran en las tres causales, violando sus derechos fundamentales. Con este proyecto se levanta de forma restringida una prohibición que hoy es absoluta (...).”<sup>40</sup>

En tercer lugar, previo a referirse a la relevancia de cada causal, agrega que éstas no son extrañas en el derecho comparado, pues países como Argentina, Colombia, Italia,

---

buena madre como aquella que depone sus intereses personales para proteger los intereses de la prole, la autorización de la IVE, como un derecho, trastoca uno de los pilares del sistema sexo-género. En efecto, no es lo mismo simbolizar la IVE como una excepción a la punición del aborto - desdibujada, además, por el manto de la clandestinidad- que representarla jurídicamente como un derecho garantizado de las gestantes.”

<sup>39</sup> Ídem, p. 19

<sup>40</sup> Ídem, p. 19

Polonia, entre otros, han legislado en el sentido propuesto por el proyecto de ley impugnado.

Sobre la primera causal, enfatiza que lo que se busca proteger es el deseo de la mujer de vivir ante una situación de riesgo vital confirmada por el médico respectivo, por tanto, no se trata de “un malestar hipotético o eventual”<sup>41</sup>. Además, refuta lo afirmado por los requirentes en sus libelos -quienes sostuvieron que este tipo de situaciones se resuelven conforme a la *lex artis* vigente-, la ex Presidenta de la República replicó que “el texto de la ley hoy no permite el aborto bajo ningún caso, ni siquiera para el dramático caso de salvar la vida de la mujer. Es una cuestión de incerteza que provoca perjuicios claros y determinables”<sup>42</sup>.

En relación a la segunda causal, señala que el proyecto de ley se hace cargo de una realidad a la cual la medicina no puede dar solución, esto es, que existen patologías que provocan inviabilidad fetal, las que, si bien son de rara ocurrencia, cuando se presentan “exponen a la mujer a un sufrimiento incomparable a cualquier otro. Hoy, confirmado un diagnóstico se obliga a la mujer a vivir este enorme sufrimiento, puesto que debe esperar la muerte del embrión o feto en su vientre.”<sup>43</sup>

Respecto a la tercera causal, hace presente que la violación es un acto que implica una vulneración a los derechos fundamentales de la mujer, entre los cuales destaca su derecho a la integridad física y psíquica, a la intimidad, autodeterminación sexual y, en definitiva, a su libertad y dignidad, agregando que “peor aún, la víctima puede quedar embarazada de dicho crimen, quedando obligada a mantener no sólo la huella indeleble de la violación, sino también un embarazo forzado. Al constatarse que el Estado falló al impedir la violación, el legislador hoy ha estimado que debe evitarse que el mismo Estado continúe generando un daño al tratar a la mujer como delincuente. Se reconoce que obligarla a mantener ese embarazo es un sacrificio supererogatorio, inexigible a la mujer, adolescente o niña violada, lo que afecta sus derechos fundamentales (...)”<sup>44</sup>.

Por último, la ex Presidenta de la República refuerza dos ideas centrales que el proyecto de ley, presentado por su gobierno, recoge. Primero, el resguardo a la decisión informada de las mujeres, sin intentar influir en un sentido u otro sobre su voluntad,

---

<sup>41</sup> Ídem, p. 20

<sup>42</sup> Ídem, p. 20

<sup>43</sup> Ídem, p. 20

<sup>44</sup> Ídem, p. 20-21

otorgándole el derecho a un programa de acompañamiento sea cual sea su decisión. Y en segundo lugar, el compromiso del proyecto con el respeto de las convicciones morales de todas personas, tanto de las mujeres que, enfrentadas a alguna de las causales pueden decidir abortar o continuar su embarazo, como de quienes pueden ser objetores de conciencia.

### 2.3 Conflictos constitucionales denunciados y consideraciones en relación a la incidencia del Derecho Internacional en las controversias constitucionales

El Tribunal Constitucional sistematizó la argumentación de los requirentes en torno a cuatro conflictos constitucionales, exponiendo los elementos que fundan las alegaciones y las réplicas de la ex Presidenta de la República, en relación a cada conflicto denunciado. Por último, previo a fallar, el TC presenta las argumentaciones finales de los actores en relación a la incidencia del Derecho Internacional en las controversias constitucionales.

El primer -y principal- conflicto constitucional se genera por la denuncia de los requirentes en relación a que el legislador, al aprobar este proyecto, incumple el mandato contenido en el inciso segundo del art. 19 N° 1 de la Constitución Política, por tanto excede sus competencias, delimitadas por el principio de supremacía constitucional, en virtud del cual todo órgano del Estado debe someter su actuación a la Constitución Política, cuyas normas cimentan las bases en que se funda el Estado de Derecho.

Las y los requirentes enfatizan que el inciso segundo del art. 19 N° 1 impone al legislador una obligación “clara y específica” dirigida a proteger la vida prenatal, por lo que es errado sostener que la Constitución Política ampare la actuación discrecional del legislador en esta materia, pues “su accionar esta delimitado y debe ser respetuoso y fiel al mandato de proteger al no nacido hasta que nazca (...) en caso alguno el legislador puede actuar desprotegiéndolo.”<sup>45</sup> En este sentido, los requirentes afirman que el legislador al dar su aprobación al proyecto de ley impugnado, pasa por encima del texto constitucional, lo que debe ser corregido pues, en caso contrario, se produciría un debilitamiento constitucional.

Por su parte, la ex Presidenta de la República solicita el rechazo del presente capítulo impugnatorio, en razón de las consideraciones siguientes. En primer lugar, expone que la Constitución Política distingue al que está por nacer de las personas, ello se desprende del tenor literal del art. 19 N° 1, donde es posible observar que la protección de la vida prenatal se encuentra regulada en el inciso segundo de dicha norma, otorgándole un estatuto distinto al de la personalidad. En consecuencia, afirma que el derecho a la vida sólo se

---

<sup>45</sup> Ídem, p. 23

reconoce a las personas nacidas y no al nasciturus. Lo que la norma hace, en su inciso segundo, es habilitar al legislador “para que decida la forma de protección y realice el ejercicio de ponderación entre este interés u otros intereses o derechos constitucionales”<sup>46</sup>. En otras palabras, lo que la ex Presidenta de la República busca poner de relieve es que la norma debe comprenderse como un mandato de optimización, en virtud del cual, se deben efectuar el mencionado ejercicio de ponderación que debe mirar también los derechos de las mujeres.

En este sentido, la ex Presidenta de la República plantea que la radicalidad de la postura de los requirentes ubica a la mujer es una posición de absoluta invisibilidad, al dar un carácter absoluto a la protección de la vida prenatal, asimilando que dicha protección es sinónimo de penalizar lo que, a su juicio, es errado pues “el Derecho Penal es el último recurso del que se puede valer el Estado”<sup>47</sup>.

El segundo conflicto constitucional denunciado se sintetiza en la siguiente interrogante ¿el proyecto produciría profundas discriminaciones arbitrarias, contraviniendo el principio de igualdad ante la ley?<sup>48</sup>. Evidentemente para los requirentes la respuesta es afirmativa, en razón de que el legislador estaría introduciendo distinciones arbitrarias entre personas, en que el derecho a la vida se vería atenuado o inexistente respecto al nasciturus. En su traslado, la ex Presidenta de la República, responde que no se trata de una discriminación arbitraria, pues “los mandatos constitucionales de protección al embrión o feto y de respeto de los derechos de la mujer evidencian la diferencia que existe entre ambos, quienes se encuentran en situaciones fácticas y jurídicas distintas, lo que no implica desproteger al primero, sino resguardar los derechos de mujeres que en casos graves arriesgan su propia vida.”<sup>49</sup>

El tercer conflicto constitucional se relaciona con la siguiente pregunta ¿el articulado del proyecto vulneraría la libertad de conciencia y el derecho a ejercer la profesión médica

---

<sup>46</sup> Ídem, p. 27

<sup>47</sup> Ídem, p. 28

<sup>48</sup> Añazco, Yanira Zuñiga (2018). Comentario relativo a la sentencia del TC sobre la ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en tres causales. *Anuario de Derecho Público*, P. 129

<sup>49</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Rol 3729 de 28 de agosto de 2017, p. 31

y, desde allí, transgrediría la garantía esencial de los derechos?<sup>50</sup>. A juicio de los requirentes el proyecto de ley trasgrede el derecho fundamental consagrado en el art. 19 N° 6 de la Constitución Política, en relación a la libertad de conciencia de los profesionales de la salud, quienes verían sometido su juicio a la voluntad de la mujer, especialmente en aquellos casos en que el nuevo artículo 119 ter del Código Sanitario limita la objeción de conciencia cuando concurra la primera causal de IVE, si la mujer requiere atención médica inmediata e impostergable por riesgo vital, como también en la tercera causal, si fuere inminente el vencimiento del plazo legal establecido para interrumpir un embarazo producido por violación. En consecuencia “la vulneración a la libertad de conciencia es socavada en un punto tal en que dicho derecho pierde su contenido esencial, lo que contraviene, también, el artículo 19, numeral 26º de la Constitución.”<sup>51</sup> Frente a estas consideraciones, la ex Presidenta de la República, parte por definir qué es la objeción de conciencia señalando que esta es “excepcional, dado que implica una desobediencia tolerada por el Estado a la normativa vigente, puesto que la regla general es la obediencia al derecho. Solo en casos excepcionales puede ser desobedecido por creencias o convicciones morales.”<sup>52</sup> En ese sentido, señala que el proyecto recoge expresamente ese derecho “reconociendo la importancia que posee la integridad moral y la conciencia de quien dedica su vida a atender pacientes en el marco de una profesión en el área de la salud.”<sup>53</sup> Sin embargo, -adelantándose a lo planteado por los requirentes en el cuarto conflicto constitucional- recalca que la objeción de conciencia “es una omisión que no cabe autorizar en una institución, puesto que ello implicaría una inconstitucionalidad flagrante: las personas jurídicas carecen de conciencia, sólo la tienen los individuos.”<sup>54</sup>

El cuarto -y último- conflicto constitucional nos plantea la interrogante sobre si ¿el proyecto socavaría las bases de la institucionalidad, en cuanto no respeta el derecho de asociación y autonomía de los cuerpos intermedios? ¿Unido a ello, controvertiría el

---

<sup>50</sup> Añazco, Yanira Zuñiga (2018). Comentario relativo a la sentencia del TC sobre la ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en tres causales. *Anuario de Derecho Público*, P. 129

<sup>51</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Rol 3729 de 28 de agosto de 2017, p. 33

<sup>52</sup> Ídem, p. 34

<sup>53</sup> Ídem, p. 34

<sup>54</sup> Ídem, p. 34

principio de servicialidad del Estado?<sup>55</sup>. En miras a fundar su postura afirmativa a la pregunta anterior, los requirentes indican que las personas jurídicas –y los cuerpos intermedios- gozan de garantías constitucionales, entre las cuales destaca el amparo de su autonomía lo que, a su juicio, comprende la protección a su ideario, lo que no es respetado por la normativa impugnada, pues lo que hace el proyecto es “transformar el aborto en una prestación médica debida universalmente en todo establecimiento de salud a la paciente que así lo requiera (...) Se espera, de acuerdo a su artículo 1 N° 1, que todos los servicios de salud practiquen abortos, realicen acompañamiento pero sin procurar influir en que la mujer desista de su decisión de abortar y que su personal, si hay urgencias o plazos, deba practicar abortos o participar en los mismos, aun siendo objetores de conciencia.”<sup>56</sup> Finalmente, la ex Presidenta de la República señala que “los requirentes olvidan que la libertad de asociación no es una garantía para actuar al margen de la ley. El Estado debe garantizar la autonomía de los grupos intermedios en el cumplimiento de sus fines específicos, conforme lo señala el propio Constituyente. Pero la ley puede, acto seguido, establecer restricciones o injerencias en el derecho a la libertad de asociación, lo que también reconoce el Pacto de San José de Costa Rica.”<sup>57</sup>

Finalmente, en relación a la incidencia del Derecho Internacional en las controversias constitucionales, los requirentes mencionan la sentencia del año 2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo v/s Costa Rica* -en que se reconoce que los derechos reproductivos son derechos humanos, y se sostuvo que el embrión no es persona titular del derecho a la vida en los términos del art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- para desestimar la incidencia que este fallo pueda tener en la controversia de autos, en razón de que el Estado de Chile no fue parte en dicha causa, agregando que “desde la sentencia de esta Magistratura en causa Rol N° 346, su jurisprudencia ha sostenido claramente que los Tratados Internacionales, incluso los de derechos humanos, tienen un rango inferior a la Constitución Política (...)”<sup>58</sup>. Por último, señalan que en ningún instrumento internacional se consagra un derecho al aborto.

---

<sup>55</sup> Añazco, Yanira Zuñiga (2018). Comentario relativo a la sentencia del TC sobre la ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en tres causales. *Anuario de Derecho Público*, P. 130

<sup>56</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Rol 3729 de 28 de agosto de 2017, p. 36

<sup>57</sup> Ídem, p. 37

<sup>58</sup> Ídem, p. 37

A este respecto, la ex Presidenta de la República señala que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos “no prohíbe la despenalización del aborto en determinados casos (...) A mayor abundamiento, expone que el Comité de Derechos Humanos, órgano encargado de interpretar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ha instado a diversos países, como Chile, a introducir excepciones a la prohibición absoluta del aborto. El enunciado Comité nunca ha hecho aplicable el derecho a la vida reconocido en el artículo 6º al embrión”<sup>59</sup>.

#### 2.4 Razonamiento del Tribunal Constitucional y fallo

El Tribunal Constitucional parte por repasar brevemente los argumentos vertidos por los requirentes para impugnar el proyecto de ley que, a su juicio, es inconstitucional en todas sus partes.

Posteriormente, el TC formula algunas consideraciones previas, en que se detiene para dejar constancia sobre su apreciación en torno a dos cuestiones: en primer lugar, la complejidad que envuelve el asunto sometido a su conocimiento, al efecto señala que “el presente requerimiento afecta profundas convicciones, porque se trata de decidir sobre la manera en que se protege la vida del que está por nacer y la manera en que se amparan los derechos de las mujeres”<sup>60</sup> -cabe resaltar que en esta afirmación inicial ya es posible observar una profunda diferencia respecto a las bases del razonamiento empleado por el TC para fallar el año 2008, sobre la constitucionalidad de la píldora del día después- además, el TC enfatiza en que la misión que recae sobre esa Magistratura es resolver desde la perspectiva de la Constitución, reafirmando su carácter de Tribunal de Derecho. En segundo lugar, sienta su legitimidad para conocer y resolver la controversia en base a cuatro consideraciones, a saber: 1) porque todos debemos respetar la Constitución. El Congreso Nacional también; 2) porque esa es la atribución que la Constitución le dio al Tribunal Constitucional; 3) porque ha sido requerido por quienes tienen la legitimidad que les otorga el ordenamiento jurídico para hacerlo; 4) porque la Constitución le encargó justamente a la ley proteger la vida del que está por nacer, y corresponde al TC verificar que ese encargo esté dentro de los límites que la Constitución establece.

En tercer lugar, el Tribunal señala aquello sobre lo cual no se va a pronunciar, debido a que “en el requerimiento se formulan una serie de argumentaciones que exceden lo que esta Magistratura puede resolver en esta oportunidad, porque va más allá de sus

---

<sup>59</sup> Ídem, p. 38

<sup>60</sup> Ídem, p. 48

atribuciones”<sup>61</sup>. En consecuencia, señala que no emitirá un juicio respecto a cinco cuestiones: 1) el estatuto ontológico del nasciturus; 2) la rectitud moral de las personas que eventualmente puedan someterse a un aborto; 3) sobre si el proyecto despenaliza o legaliza las conductas que regula; 4) la forma en que afectan al Estado de Chile las sentencias de Tribunales Internacionales y las declaraciones formuladas por Comités creados por ciertos Tratados Internacionales; 5) por último, no se examinarán alegaciones de mérito o conveniencia, como las críticas a la regulación o a la manera que el legislador normó ciertas situaciones.

En cuarto lugar, el TC enuncia que “para un adecuado análisis de nuestra decisión, es necesario consignar ciertos antecedentes relativos a cuatro aspectos: la regulación del aborto que contiene el proyecto; la regulación histórica del aborto en nuestro país; la regulación en el derecho comparado, y la manera en que los Tribunales de otros países han resuelto la legalización del aborto.”<sup>62</sup> En consecuencia, pasaré a exponer brevemente las consideraciones formuladas por el Tribunal, en torno a cada uno de los antecedentes enunciados.

#### a) El proyecto

A fin de evitar reiterar lo expuesto en el apartado correspondiente a la presentación del presente capítulo, en relación a las características generales del proyecto de ley impugnado; me remitiré a exponer únicamente aquello que no mencioné, por su especificidad, en el apartado inicial.

El proyecto regula la intervención de los representantes legales, en el caso de que quien busque interrumpir su embarazo sea una niña o adolescente menor de edad. Si se trata de una niña menor de catorce años, para proceder a la IVE en alguna de las causales, se requiere su voluntad y la autorización de su representante legal, al efecto se regula el procedimiento a seguir en caso de que exista más de un representante legal, en cuyo caso la niña podrá elegir. En el caso de que el representante legal no sea habido o niegue su autorización, la niña -asistida por un integrante del equipo de salud- podrá solicitar la intervención de un juez, en un procedimiento reservado, que no admitirá posición alguna de terceros, y sólo la resolución que deniegue la autorización es apelable. En cambio, si quien busca interrumpir su embarazo es una adolescente mayor de catorce años y menor de dieciocho, sólo se requiere informar a su representante legal. Sin embargo, el proyecto contempla la posibilidad de que se prescinda de la autorización o información antedichas,

---

<sup>61</sup> Ídem, p. 50

<sup>62</sup> Ídem, p. 51

cuando a juicio de los médicos, el cumplimiento de estos deberes “genere riesgo grave de maltrato físico, psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren la integridad” de la niña o adolescente, en este caso se prevé “como mecanismo sustitutivo, en el caso de la autorización, que se debe recurrir directamente al juez. En el caso de la información, se debe informar al adulto o familiar que la adolescente indique; y si no hay, al adulto responsable que ella señale.”<sup>63</sup>

Por último, cabe precisar algunos aspectos de la regulación prevista en el proyecto en relación a la objeción de conciencia. “Esta beneficia al médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo, por alguna de las causales ya señaladas, y al equipo profesional que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención. (...) Esta objeción debe manifestarse por escrito al director del establecimiento y en forma previa. El establecimiento debe reasignar de inmediato otro profesional no objetante, para que se haga cargo de la paciente. Si no cuenta con ningún facultativo, debe derivarla de forma inmediata a otro centro médico. La objeción de conciencia tiene dos características. Por una parte, es de carácter personal, en ningún caso puede ser invocada por una institución. Por la otra, si la mujer requiere de una atención médica inmediata e impostergable por riesgo vital, la objeción no opera si no existe otro médico cirujano que pueda realizar la intervención. Tampoco opera la objeción si es inminente el vencimiento del plazo máximo para realizar la interrupción de embarazo en el caso de violación.”<sup>64</sup>

#### b) Regulación histórica

El TC distingue tres etapas en la regulación penal del aborto en Chile. La primera, vigente entre 1875 y 1931, se caracteriza por la prohibición de toda forma de aborto, exigiéndose dolo directo para la comisión del delito. La segunda etapa, inicia en 1931 con la dictación del D.F.L. N° 226, en que se introduce el aborto con fines terapéuticos, exigiéndose la opinión de tres médicos, posteriormente se redujo a dos médicos cirujanos, a través, de la dictación del D.F.L N° 725 de 1967. La última etapa se abre en 1989, ese año la Junta de Gobierno dictó la ley N° 18.826, que dispuso que “no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”, esa norma corresponde al art. 119 del Código Sanitario.

#### c) Regulación en el derecho comparado y en los Tratados Internacionales

---

<sup>63</sup> Ídem, p. 54

<sup>64</sup> Ídem, p. 54

El tercer antecedente examinado por el TC en su sentencia, observa que “en el derecho comparado, las leyes que permiten el aborto son relativamente nuevas. Comenzaron en la década que sea inició en 1970. En la actualidad son muy pocos los países con prohibición absoluta del aborto”<sup>65</sup> y agrega que “los países tienen dos modelos de regulación. Por una parte, están los países con aborto libre, es decir, sin causales que lo justifiquen. Algunos establecen plazos; y otros no. Por la otra, están los países que establecen causales o indicaciones para su procedencia. Algunas deben ser probadas judicialmente y otras no.”<sup>66</sup>

En cuanto a la normativa internacional, contenida en Tratados suscritos y ratificados por Chile, el TC estimó pertinente citar la normativa de tres instrumentos internacionales, a saber: 1) el artículo 3º de la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece que “todo individuo tiene derecho a la vida”; 2) el artículo 4º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que dispone que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”; 3) el artículo sexto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

#### d) Sentencias de otros países

El Tribunal Constitucional, reconoce que son diversas las formas en que las sentencias de otros países han considerado al que está por nacer, concluyendo que “la gran mayoría de los países no le reconocen derecho a la vida. Así están las sentencias que lo consideran un interés”.<sup>67</sup>

En este marco, el TC indagó en los criterios empleados en sentencias internacionales, para resolver sobre “la compatibilidad del aborto con sus respectivas Constituciones”, al efecto, observa que se han utilizado diversos criterios. En primer lugar, destaca fallos emblemáticos pronunciados por la Corte Suprema de los Estados Unidos, que ha utilizado tres argumentos para sostener la legitimidad del aborto “el primero es la privacidad de la mujer (Roe v. Wade, 1973); el segundo, es el de la viabilidad del feto (Roe v. Wade, 1973); y el tercero, es el de la carga inmerecida o indebida (Planned Parenthood v. Casey, 1992).” En segundo lugar, identificó otros estándares utilizados por los tribunales,

---

<sup>65</sup> Ídem, p. 55

<sup>66</sup> Ídem, p. 56

<sup>67</sup> Ídem, p. 58

entre los cuales destaca el de la “inexigibilidad”, en virtud del cual “no se le puede exigir a la mujer más allá de lo razonable (...) los intereses personalísimos de la mujer embarazada pueden tener tanto peso o relevancia, que hagan inexigible la prohibición de causar aborto”, este criterio fue utilizado por el Tribunal Alemán en 1975, en la misma instancia “estableció el estándar de la coacción extrema de la vía penal; esta debe ser de última ratio.” En tercer lugar, el TC señala que “otro estándar es si había una obligación al legislador a establecer una prohibición penal”, en relación a ello tanto el Tribunal Alemán en 1993 como el Tribunal Portugués en 1984 y una sentencia mexicana de 2007, se inclinaron por la negativa. En cuarto lugar, se encuentra el criterio construido en función de “la protección incremental del embrión y feto”, según el cual “el interés del Estado predomina sobre el de la mujer, en la medida en que avanzan los meses de gestación y el feto se hace compatible con la vida extrauterina independiente”<sup>68</sup>, en el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, del año 2012, “sostuvo que la protección del que está por nacer no es absoluta, sino que gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional”<sup>69</sup>. Por último, el TC destaca el criterio de proporcionalidad, señalando que “el Tribunal Alemán sostuvo, en 1975, que en algunos casos extremos, puede estar prohibido imponer la carga a la mujer de mantener el embarazo. En el mismo sentido, el Tribunal de Portugal, sostuvo que no se le puede exigir a la mujer sacrificar intereses constitucionalmente protegidos. El Tribunal de Eslovaquia, el año 2007 afirmó que en algunas situaciones, continuar con el embarazo a todo evento no era una obligación que imponía la Constitución. El Tribunal Colombiano, en el 2006, sostuvo que la penalización en toda circunstancia implica la completa preeminencia y el consiguiente sacrificio de los derechos de la mujer embarazada”.<sup>70</sup>

Concluida la exposición de los cuatro antecedentes que el TC tuvo a la vista previo a fallar. La sentencia, bajo el título “los precedentes”, se refiere a su jurisprudencia en causas en que se debatió sobre el derecho a la vida.

El TC recordó dos sentencias, la primera sobre la muerte encefálica (STC 220/1995) en que un grupo de parlamentarios impugnó la ley de donación de órganos, que regulaba que, para proceder a la extracción de los órganos de una persona, esta fuera declarada muerta por un equipo médico cuando se certificara la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas; los requirentes indicaban que violaba el derecho a la vida del

---

<sup>68</sup> Ídem, p. 59

<sup>69</sup> Ídem, p. 59-60

<sup>70</sup> Ídem, p. 60

paciente. En esta oportunidad, el TC rechazó el requerimiento, sosteniendo “en primer lugar, que definir la muerte es un asunto del legislador. Por lo mismo, era legítimo que la ley así lo hiciera. Enseguida, sostuvo, que la Constitución regula la vida desde el nacimiento y durante la existencia de la persona, la que termina con su muerte natural. Con la muerte, agregó, se deja de ser persona (...).”<sup>71</sup>

En segundo lugar, el TC hizo presente su sentencia en la causa STC 740/2007 sobre la constitucionalidad de la píldora del día después. En dicha controversia, el Tribunal acogió el requerimiento, señalando “que el que está por nacer es una persona. En cuanto a sujeto de derecho (...). El que está por nacer, agregó el Tribunal, tiene dignidad, no puede ser subsumido en otra entidad y no puede ser manipulado. Y que la protección constitucional de la persona se inicia desde el momento mismo de la concepción;”<sup>72</sup>.

Del análisis de ambos fallos el TC observa “que, como se aprecia, el Tribunal tiene dos doctrinas que no dialogan entre sí. La discrepancia principal tiene que ver con el rol del legislador.”<sup>73</sup> En efecto, en la sentencia sobre la muerte encefálica el Tribunal sostuvo que “el legislador tiene plena capacidad para normar situaciones vinculadas a la vida y la muerte de las personas, como tradicionalmente lo ha hecho. En la sentencia de la píldora del día después, en cambio, el Tribunal sostiene que la Constitución toma una opción respecto del no nacido, de modo que el legislador no puede modificar o intervenir.”<sup>74</sup> El segundo aspecto de discrepancia, guarda relación con el inicio de la protección constitucional de la vida, pues mientras en el primer fallo el Tribunal sostiene que la vida comienza desde con el nacimiento; en el segundo, afirma que la vida comienza desde la concepción.

En consecuencia, ante las divergencias observadas, el TC señala que la presente sentencia constituye una oportunidad para resolver aquellas discrepancias interpretativas, por lo que pasó a referirse a los criterios interpretativos que guiarán su razonamiento. En este punto, consigna cuatro criterios interpretativos y formula una reflexión final en torno a la protección de los derechos fundamentales.

Respecto a los criterios interpretativos, estos son: 1. la corrección funcional, en este punto, el Tribunal reconoce que corresponde al Congreso Nacional “establecer los marcos jurídicos que regulan nuestra sociedad.” y que “al ser una materia de ley la que se está

---

<sup>71</sup> Ídem, p. 61

<sup>72</sup> Ídem, p. 61

<sup>73</sup> Ídem, p. 62

<sup>74</sup> Ídem, p. 62

abordando, el legislador tiene un ámbito de discrecionalidad inherente a sus regulaciones.”<sup>75</sup> En consecuencia “no corresponde a nadie más que a estos poderes del Estado, apreciar la bondad o conveniencia del contenido de las regulaciones. Mientras se mantengan dentro de los márgenes permitidos por la Constitución, no hay reproche alguno que pueda formularse;”<sup>76</sup> 2. La presunción de constitucionalidad, en virtud de este criterio el TC observa que “salvo que exista una duda más que razonable, los proyectos aprobados por el Congreso Nacional, deben considerarse que se ajustan a la Carta Fundamental; 3. El tercer criterio interpretativo es el sistemático, en función del cual “las normas de la Constitución no pueden interpretarse aisladamente unas de otras, sino que su sentido debe ser producto de la conjugación armónica de sus distintos preceptos. Por muy importante que sean algunas de sus disposiciones, no pueden aislarse del resto y considerarla como la única existente, subordinando todo el resto de la Constitución a sus prescripciones o efectos;”<sup>77</sup> 4. Finalmente, el Tribunal destaca el criterio relativo a la dinamicidad de la interpretación constitucional, aseverando que “esta, por un lado, debe permitir la adaptación del texto a las distintas realidades. Y por la otra, debe sujetarse a los cambios de contexto que puedan haberse producido entre la fecha de la dictación de la Constitución y el momento en que se aplica. Como veremos dentro de un instante, existen cambios constitucionales, legales y de derecho internacional que fortalecen la autonomía decisoria, la plena igualdad y los derechos de la mujer, que el intérprete de la Constitución no puede obviar;”<sup>78</sup>. Además, el TC se refiere a las dificultades del empleo exclusivo de un criterio originalista de interpretación constitucional, en razón de dos consideraciones: la Constitución ha sido objeto de más de 40 reformas y el cambio del “contexto jurídico y político en que fue dictada (...) Además, porque el originalismo se traduce en el uso de las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución o las Actas del Consejo de Estado. Si bien esta Magistratura ha recurrido en algunas oportunidades a ellas, está consciente que su empleo tiene dificultades. En efecto, tratándose de las actas de la comisión recién señalada, técnicamente era una comisión asesora. Enseguida, sus integrantes cambiaron en el tiempo. Asimismo, una cosa son las actas y otra el informe que refleja las ideas de la comisión. Además, después de la comisión, el proyecto pasó por el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno. Esta última tenía radicado el poder constituyente. También la Junta de Gobierno tenía su propia asesoría legislativa (...) Por lo mismo, el uso de este tipo de criterios interpretativos debiera ser auxiliar, no central ni decisivo. También, en casos muy

---

<sup>75</sup> Ídem, p. 64

<sup>76</sup> Ídem, p. 64

<sup>77</sup> Ídem, p. 65

<sup>78</sup> Ídem, p. 65

justificados y nunca para rigidizar el sentido del texto;”<sup>79</sup>. A pesar de afirmar lo anterior, igualmente el TC recurre a una extensa cita del acta de la sesión N° 280 de la Junta Militar, para concluir de ello que “la disposición constitucional del inciso segundo del numeral 1º del artículo 19 -la ley protege la vida del que esta por nacer- envuelve una diferencia con la protección del derecho a la vida que la precede, en el inciso primero, puesto que al entregar su resguardo al legislador, tiene un margen de adaptación o de flexibilidad para abordar casos en que la interrupción deliberada del embarazo no se considere constitutiva de delito. El legislador no tiene una reserva limitada o dirigida a prohibir el aborto, su redacción es simplemente habilitante para regular su protección. De otro modo, si se estimase que el derecho constitucional a la vida, reconocido en el inciso primero del artículo 19 N° 1, abarca al que está por nacer, el inciso segundo resultaría absolutamente redundante;”<sup>80</sup>

A modo de reflexión final, el Tribunal pasa a sentar una idea clave para comprender su razonamiento posterior, aseverando que “(...) es necesario tener presente que los derechos fundamentales no se conciben o consagran, ni pueden protegerse de modo absoluto o ilimitado, desde luego y en primer lugar, porque ellos encontrarán siempre un límite natural en el o los derechos de los otros, y, en segundo lugar, por las limitaciones o restricciones establecidas por la propia Constitución o por la ley siempre que no afecten el contenido esencial de tales derechos, según consta en el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución. Tal es así que incluso respecto del propio derecho a la vida la Constitución autoriza al legislador a establecer con exigencias de quorum agravado, la pena de muerte en contra de una persona, aunque en la actualidad esta prácticamente derogada en casi todo el ordenamiento jurídico, mas no abolida aún. Del mismo modo que el legislador penal establece causales de exculpación y de justificación en determinados delitos contra las personas, por ejemplo en situaciones de legítima defensa o estados de necesidad;”<sup>81</sup>

El Tribunal previo a exponer, finalmente, el razonamiento del voto de mayoría en relación al fondo del asunto, se detiene para sentar cinco elementos que guiarán su razonamiento. En consideración a la relevancia de estos aspectos, pasaré a explicarlos en los siguientes párrafos.

#### 1. Sociedad pluralista

---

<sup>79</sup> Ídem, p. 66

<sup>80</sup> Ídem, p. 75

<sup>81</sup> Ídem, p. 75

El TC reconoce que la Constitución Política “garantiza el pluralismo organizativo y de ideas. Eso impide que pueda imponer un modelo determinado de pensamiento, de moral, propio de una o más organizaciones, de una o más personas, al resto de la sociedad.”<sup>82</sup>

## 2. Derechos de la mujer

En este apartado el TC enfatiza en que la mujer es persona y como tal, sujeto de derecho, en virtud de lo cual tiene derechos y puede adquirir obligaciones. Entre sus derechos destacan “su libertad e igualdad (artículo 1º, inciso primero, 19 Nº 2), su condición de igual ante la ley con el hombre (artículo 19 Nº 2), su derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (artículo 19 Nº 1), su derecho a la salud (artículo 19 Nº 9), su derecho a la privacidad (artículo 19 Nº 4), su derecho a la mayor realización espiritual y material posible (artículo 1º).”<sup>83</sup>

Además de estos derechos “tradicionales”, el Tribunal reconoce que de forma progresiva, a través de diversos cuerpos normativos, se ha buscado profundizar y desarrollar los derechos de las mujeres. En ese sentido, “en materia constitucional, el más importante es la igualdad entre hombres y mujeres, y el establecimiento que hombres y mujeres nacen libres e iguales en dignidad y derechos (Ley de Reforma Constitucional Nº 19.611/1999).”<sup>84</sup>

En el ámbito legislativo “también ha buscado avanzar en esa línea en materia civil, laboral, de seguridad social, institucional y en otros aspectos.”<sup>85</sup>

Finalmente, el TC observa que los tratados internacionales suscritos por el Estado de Chile “apuntan en el mismo sentido de los cambios constitucionales y legales, la promulgación de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (D.S. Nº789, Relaciones Exteriores, 1989), y la promulgación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra Las Mujeres (D.S. Nº 1.640/1998);”<sup>86</sup>

El Tribunal concluye que el embarazo y la maternidad deben interpretarse de conformidad con la normativa vigente, que ha venido dando nuevos énfasis a los derechos

---

<sup>82</sup> Ídem, p. 76

<sup>83</sup> Ídem, p. 76

<sup>84</sup> Ídem, p. 77

<sup>85</sup> Ídem, p. 77

<sup>86</sup> Ídem, p. 78

de las mujeres. Al efecto señala que “el embarazo compromete la integridad física y psíquica de la mujer, pues, entre otras cosas, el feto ocupa su cuerpo y provoca transformaciones físicas y fisiológicas;”<sup>87</sup>

### 3. El que está por nacer

En este apartado el Tribunal despeja un asunto de la mayor relevancia para la resolución del requerimiento sometido a su conocimiento, pues, observa que en razón de lo dispuesto en el inciso segundo del art. 19 N° 1 de la Constitución Política, el nasciturus no es persona aunque “ello no obsta a que sea un bien jurídico de la mayor relevancia.” por lo que, “el análisis de este proyecto de ley implica examinar que hay una medida o decisión legislativa que pondera razonablemente, entre un derecho fundamental y un interés protegido legalmente.”<sup>88</sup>

Sobre la base de lo anterior, el Tribunal asevera “en este caso el legislador opta por maximizar la protección del derecho constitucional a la vida de la madre o de la mujer, como es la despenalización en circunstancias excepcionales por su gravedad y dramatismo. Ciertamente que el costo de interrumpir el embarazo y hacer cesar la gestación de una vida humana con expectativas de alcanzar el estatus de persona, es alto y puede ser doloroso, pero de ningún modo puede compararse ni es proporcional al sacrificio de la vida de una persona plena, de una mujer o una madre con un proyecto vital en pleno desarrollo en el mundo social y familiar.”<sup>89</sup>

### 4. El derecho penal como última ratio

El Tribunal recoge la idea de que el derecho penal constituye una herramienta legislativa que “no puede operar siempre y a todo evento como instrumento de preservación de ciertos bienes jurídicos, pues puede resultar excesivo”<sup>90</sup>. Lo anterior, en consideración a que existen otros mecanismos regulatorios que el legislador puede emplear con el objeto de dar cumplimiento al mandato de protección contenido en el inciso segundo art. 19 N° 1, pues el derecho penal es “una carga para las personas, por las mayores restricciones de derechos que implica, tanto en el procedimiento de la generación de la

---

<sup>87</sup> Ídem, p. 79

<sup>88</sup> Ídem, p. 80

<sup>89</sup> Ídem, p. 80

<sup>90</sup> Ídem, p. 81

sanción, como en la sanción misma. También, por el mayor reproche social y jurídico que conlleva”.<sup>91</sup>

## 5. Derechos de los pacientes

El Tribunal observa que en Chile hubo un cambio de paradigma en torno a la forma en que la ley entiende los derechos y obligaciones de las personas, en el marco de la atención médica, pues el año 2012 entró en vigencia la Ley Nº 20.584. Dicha ley vino a modificar un modelo “centrado en la discrecionalidad del facultativo”, para poner “en el centro de la atención médica al paciente y sus derechos, sin perjuicio de dar certeza al accionar del facultativo”<sup>92</sup>. En consecuencia, el Tribunal asevera que “a partir de este cambio de paradigma, es que el proyecto de ley que examinamos se explica. Por una parte, porque exige la voluntad de la mujer para la interrupción del embarazo. Por la otra, porque exige que intervenga un equipo médico para constatar las causales que permiten dicha interrupción;”<sup>93</sup>.

Concluida la formulación de aquellos elementos que guiarán su razonamiento, la sentencia desde el considerando cuadragésimotercero comienza a analizar el artículo 19 Nº 1 inciso segundo de la Constitución.

La norma constitucional en comento dispone que la ley protegerá la vida del que está por nacer, esta fórmula verbal es analizada detenidamente por el Tribunal. Primero, destaca el empleo de la expresión “ley”, “con ello, excluye que sea la Constitución la que se encargue directamente de ello. La Constitución quiere que una norma general y obligatoria, sometida al debate democrático, pueda cumplir este rol protector”<sup>94</sup>, puntualizando que la Constitución no señala, específicamente, qué tipo de norma de rango legal debe cumplir aquel rol.

En segundo lugar, el Tribunal se aboca a exponer su interpretación respecto a qué implica aquel mandato de protección, observando que la norma utilizó un lenguaje distinto, pues, mientras en el inciso primero se refirió explícitamente a las personas, como titulares del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, en el inciso segundo no habló de derechos, sino que encargó a la ley la protección de la vida prenatal. En este punto, el Tribunal propone una interpretación de aquella protección, comprendiendo que el

---

<sup>91</sup> Ídem, p. 80

<sup>92</sup> Ídem, p. 81

<sup>93</sup> Ídem, p. 82

<sup>94</sup> Ídem, p. 83

legislador debe realizar aquel cometido tomando medidas razonables, que ponderen todos los derechos involucrados, pues “no puede significar un mandato para descuidar a la mujer. Del texto de la Constitución no se desprende ni se infiere que la protección del que está por nacer sea un título que perjudique a la progenitora.”<sup>95</sup> En consecuencia, el TC sostiene que la mujer no puede ser comprendida como un mero instrumento carente de derechos fundamentales, en ese sentido, comprende que la maternidad debe ser un acto voluntario, mas no una imposición del Estado “a cualquier costo de la mujer”. Concluyendo que “además, cuando la Constitución ha querido hacer primar un derecho sobre otro o privilegiar intereses superiores, lo ha dicho expresamente.”<sup>96</sup>

Un tercer elemento a destacar es que el Tribunal afirmó que, la Constitución Política nada dice respecto a cuando comienza la condición de persona. Si bien, en la sentencia sobre la píldora del día después, esta Magistratura afirmó que dicha condición comenzaba desde la concepción, en esta oportunidad el Tribunal consideró que ante el silencio constitucional, no le correspondía zanjar aquello. Concluyendo que “el Congreso Nacional se encuentra mucho más capacitado y legitimado para resolver una controversia de cuándo comienza la vida del que está por nacer, que esta Magistratura, dado la falta de una regla explícita en la Constitución.”<sup>97</sup>

Enseguida, el Tribunal se pregunta si el mandato de protección de la vida prenatal, incluye la prohibición de despenalizar ciertas conductas, en relación a ello afirma “que, por de pronto, la Constitución tiene un lenguaje para expresar las prohibiciones. (...) Pero “proteger” no puede interpretarse como una prohibición. En el lenguaje constitucional es asimétrica una interpretación en ese sentido;”<sup>98</sup>

En relación al aborto como delito, el TC señala que la Constitución en muy pocas ocasiones opta por referirse a delitos, aduciendo que “la razón es que la Constitución le encarga al legislador la prerrogativa de punición (artículo 19 N° 3 y artículo 63 N°3).”<sup>99</sup> En ese sentido, en relación a la despenalización del aborto en tres causales, señala que “no se

---

<sup>95</sup> Ídem, p. 85

<sup>96</sup> Ídem, p. 85

<sup>97</sup> Ídem, p. 89

<sup>98</sup> Ídem, p. 90

<sup>99</sup> Ídem, p. 91

ve impedimento para el “retroceso penal”. Desde luego, porque es una garantía que la ley pueda ser más favorable. También, porque el derecho penal es siempre última ratio.”<sup>100</sup>

En razón de lo anterior, el Tribunal reafirma su posición en torno a que la normativa constitucional no es sinónimo de criminalizar el aborto en todas sus formas, pues el derecho penal debe ser de última ratio, y el fin protector puede cumplirse a través de la formulación de normas de otro tipo, que contribuyan al resguardo de la maternidad y de la vida del que está por nacer. En este sentido, se menciona normativa sanitaria y laboral, concluyendo que “todas estas normas apuntan a destacar que la protección del que está por nacer es heterogénea y no comprende solamente aspectos penales.”<sup>101</sup>

En el apartado siguiente, bajo el título “el concepto de persona en la Constitución”, el Tribunal entrega su interpretación de la normativa constitucional sobre esta materia, de suma importancia, pues “uno de los efectos más importantes de atribuir a alguien su condición de persona para efectos constitucionales, es que sólo estas tienen derecho”<sup>102</sup>, en relación al encabezado del artículo 19 de la Constitución, que establece que los derechos “se aseguran a todas las personas”.

Al efecto, comienza por efectuar un repaso de normas del Código Civil, para concluir que dicha normativa enfatiza en el hecho del nacimiento para establecer una separación entre las personas y el que está por nacer, a quien denomina “criatura”.

Respecto a la visión constitucional del asunto, el Tribunal afirma “que la Constitución también construye su concepto de persona a partir del nacimiento”<sup>103</sup>. Para sostener aquello, recurre al artículo 1º inciso primero de la Constitución que establece “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. En este punto, el TC se hace cargo de algunos aspectos de la argumentación de los requirentes, quienes sostuvieron que la expresión “nacen” no debe entenderse “como el hecho jurídico habilitante para adquirir la condición de persona”<sup>104</sup>. Para afirmar lo anterior, los requirentes señalan un alcance formulado en el marco del debate de la reforma constitucional del año 1999 - que reemplazó la voz “hombres”, empleada en el texto original del artículo 1º de la Constitución, por la expresión “las personas” - en dicha ocasión se aprobó dejar constancia de que “el nasciturus, desde la

---

<sup>100</sup> Ídem, p. 91

<sup>101</sup> Ídem, p. 94

<sup>102</sup> Ídem, p. 95

<sup>103</sup> Ídem, p. 96

<sup>104</sup> Ídem, p. 97-98

concepción, es persona en el sentido constitucional del término, y por ende, es titular del derecho a la vida”<sup>105</sup>.

En relación a aquella reforma constitucional, que se materializó en la promulgación de la Ley N° 19.611, el Tribunal señaló que la constancia a que hacen mención los requirentes no forma parte del texto constitucional, y su alcance como elemento interpretativo debe ser restringido, en razón de que no constituye una ley interpretativa del texto constitucional. El Tribunal agrega que la Ley N° 19.611, tuvo por objeto establecer la igualdad entre hombres y mujeres, cuestión que cobra especial relevancia en esta controversia “toda vez que la médula de la discusión es si la mujer es o no un sujeto de derecho suficiente para autorizar interrumpir su embarazo”<sup>106</sup>. En consecuencia, el alcance a que aluden los requirentes, a juicio del TC, vino a tergiverzar el objetivo de la reforma constitucional.

Posteriormente, el Tribunal funda su rechazo al argumento de los requirentes que señala que “existe una naturaleza humana, que no depende del nacimiento. La tiene incluso el no nacido. Dicha naturaleza le da derechos. Es esta la que se los entrega, no el Estado. Este tendría, por tanto, derecho a la vida”<sup>107</sup>. En relación a ello, el TC señala que, si bien el artículo quinto de la Constitución emplea la expresión “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, dicho precepto es claro al agregar que tales derechos no son cualquiera, sino los garantizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados y que se encuentren vigentes en Chile. En consecuencia, el TC razona “los derechos que los órganos del Estado deben respetar y promover son los que están garantizados en ambos textos. No aquellos que emanan únicamente “de la naturaleza humana”;<sup>108</sup> de esta forma se deja fuera de la discusión eventuales derechos que no están garantizados en el ordenamiento jurídico.

El TC, retornando a la exposición del razonamiento que fundó su afirmación inicial referida a que el nasciturus no es persona, señala que el propio artículo 19 N° 1 refrenda aquella afirmación, al asegurar en su inciso primero expresamente a “las personas” el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, distinguiéndolas “del que está por nacer”, a quien otorga una protección diferenciada en su inciso segundo. Concluyendo que “el que está por nacer es un bien jurídico, de mucha importancia para la Constitución. Por eso se

---

<sup>105</sup> Ídem, p. 98

<sup>106</sup> Ídem, p. 99

<sup>107</sup> Ídem, p. 99

<sup>108</sup> Ídem, p. 100

refiere a él y le encarga al legislador su resguardo (...) el que está por nacer no necesita del estatuto de persona y distorsionar todo el resto del sistema constitucional y legal, para recibir protección.”<sup>109</sup>

En relación a la protección constitucional de la vida prenatal, el Tribunal es enfático en señalar que dicha protección “no es título para abandonar a la mujer”, pues “el que está por nacer no es el único protegido por la Constitución”<sup>110</sup>. En consecuencia, el legislador debe efectuar un ejercicio de ponderación a la hora de dar protección al no nacido, teniendo en cuenta los derechos de las mujeres, los que a juicio del TC “a partir de cierto límite deben primar”<sup>111</sup>.

La sentencia, desde el considerando octogésimo, bajo el título “las causales que autorizan el aborto” se aboca a analizar la constitucionalidad de cada una de las tres causales del proyecto de ley impugnado. Al efecto, tras describir cada causal, el TC sintetiza su rechazo a la impugnación en este punto, sosteniendo “que como se observa, el proyecto de ley a diferencia de lo sostenido por los requirentes, no desprotege al que está por nacer. En primer lugar, porque sigue habiendo delito de aborto. En segundo lugar, porque el proyecto sólo libera de reproche penal en tres causales. En tercer lugar, porque las causales están sometidas a estrictos requisitos, que no dependen sólo de la voluntad de la mujer, pues exigen un diagnóstico médico. Finalmente, porque el proyecto no deroga ni modifica el conjunto de disposiciones legales de todo tipo que buscan proteger al que está por nacer”<sup>112</sup>.

En consideración a que la sentencia efectúa un análisis pormenorizado de la constitucionalidad de cada causal, pasaré a sintetizar aquello que, a mi juicio, constituyen los elementos más relevantes del razonamiento.

Sobre la primera causal de IVE -riesgo vital de la madre- el Tribunal previo a rechazar el primer reproche jurídico constitucional formulado por los requirentes, desecha la posibilidad de emitir un juicio en torno a aquellas alegaciones de “mérito o conveniencia”, pues ese tipo consideraciones deben ser analizadas por el Congreso Nacional. En consecuencia, la sentencia no se refirió a si es o no suficiente el diagnóstico de un médico para establecer la concurrencia de la causal, tampoco a la innecesariedad de ella, ni a la

---

<sup>109</sup> Ídem, p. 103

<sup>110</sup> Ídem, p. 103

<sup>111</sup> Ídem, p. 103

<sup>112</sup> Ídem, p. 107

posibilidad de que bajo esta causal se podrían encubrir muchas hipótesis. En este orden de ideas, el TC pasa a rechazar aquel reproche que, a su juicio, si califica como jurídico constitucional, cuyo eje central es que la Constitución sólo toleraría el aborto indirecto, “en circunstancias de que la norma que se examina permite el aborto directo”<sup>113</sup>. A este respecto, el TC reitera dos ideas, la primera, es que Constitución no se refiere al delito de aborto, la segunda, que “en la expresión “protege” no hay un mandato penal, sino que un encargo general al legislador para que ampare o defienda al que está por nacer. Indudablemente no excluye la intervención penal. Pero, como todo delito, es entregado en su configuración al legislador”<sup>114</sup>.

En relación a la segunda causal de IVE -que el embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso, de carácter letal- el Tribunal nuevamente separa aquello sobre lo cual no se va a pronunciar, señalando que no se referirá a la pertinencia de que sean dos médicos quienes diagnostiquen la concurrencia de los elementos que configuran la causal, y tampoco a la alegación referida a la dificultad del diagnóstico de la patología. En cambio, la sentencia si se detiene sobre la “objeción del efecto psicológico en las madres y su eventual amenaza en la integridad física y síquica”, al efecto el Tribunal señala “no podemos partir de la base, como se sostuvo en las mismas audiencias publicas, que a la mujer se le nubla el juicio en estas circunstancias (...) La mujer es la que debe decidir si continuar adelante con el embarazo, no obstante la patología del embrión o feto, que necesariamente terminará con la muerte de éste, o que quiere terminar con esta situación y proceder a interrumpir el embarazo. ¿Por qué tiene que decidir el juez, el marido, el médico y no la mujer? Mientras la mujer está embarazada puede celebrar actos y contratos, es responsable ante la ley, puede seguir trabajando o estudiando, puede ser candidata, puede votar. Para todos esos actos no se la considera con esta interdicción pasajera”<sup>115</sup>. Enseguida, la sentencia se refiere a la alegación referida a que esta despenalización sería más bien una prestación médica que se constituye en un auténtico derecho subjetivo, al efecto el Tribunal recuerda que el artículo 19 N° 9 asegura a todas las personas el derecho a la protección de la salud, por tanto, “las prestaciones médicas que se derivan de la interrupción del embarazo, en las causales de justificación que se despenalizan, son inherentes e indispensables, no puede entenderse aquella sin una política de salud o sanitaria por parte del Estado. Su omisión haría incurrir al Estado en responsabilidad por falta de servicio (...) las prestaciones médicas

---

<sup>113</sup> Ídem, p. 109

<sup>114</sup> Ídem, p. 110

<sup>115</sup> Ídem, p. 113

para practicar el aborto justificado, no son un nuevo derecho subjetivo, sino, sólo una concreción y confirmación del derecho constitucional a la protección de la salud, que debe garantizarse a las mujeres como titulares universales del mismo y que se encuentran enfrentadas a la decisión de interrumpir su embarazo. No es un derecho nuevo, sino la garantía de igualdad ante la ley, pues se trata de una categoría eventual de pacientes que deben ser tratados de la misma forma;”<sup>116</sup>. Finalmente, en relación al argumento relativo a que el embrión o feto no puede ganar o perder derechos en función de su estado de salud, la sentencia reitera “que el feto no tiene derecho a la vida, por no ser jurídicamente persona”<sup>117</sup>, por tanto no es titular del derecho aludido por los requirentes.

Respecto a la tercera causal de IVE - embarazo producto de una violación- nuevamente la sentencia distingue entre aquello a lo que no se va a referir, de lo que si es pertinente a sede jurisdiccional. En relación a lo primero, “el que se sostenga que el alivio al trauma de la violación no es el aborto, es una decisión de conveniencia o mérito (...) en esta misma categoría se ubica el alegato de que la causal se puede prestar para abusos. Eso es un control de aplicación de ley.”<sup>118</sup> Sobre la alegación referida a que se trata de un feto sano, el Tribunal es claro “el énfasis no tiene que estar puesto en el embrión o feto, sino que en el sufrimiento de la mujer. Más todavía si, como se señaló en las audiencias publicas por la doctora Huneeus, el 66% de los embarazos por violación corresponden a adolescentes. De ellos, el 12% son menores de 14 años; y el 7% son menores de 12 años. Y en el 92% de los casos, la violación la cometen familiares; y en casi la mitad de esos casos, son reiteradas. Por lo tanto, estamos frente al sufrimiento de una menor.”<sup>119</sup>

A fin de sentar la idea de que, particularmente en esta causal cobra especial relevancia el sufrimiento a que ha sido sometida la mujer, la sentencia señala que “se trata de darle a la mujer una defensa tardía del ataque vejatorio de que fue objeto. La mujer no tiene por qué hacerse cargo de los efectos del delito. (...) Por lo demás, todas las convenciones internacionales más arriba individualizadas, establecen como deber del Estado evitar la violencia física, sexual y psicológica contra la mujer;”<sup>120</sup>. En cuanto al riesgo que provocaría el aborto para la vida de la mujer, el Tribunal se remite a señalar que, a

---

<sup>116</sup> Ídem, p. 115

<sup>117</sup> Ídem, p. 115

<sup>118</sup> Ídem, p. 116

<sup>119</sup> Ídem, p. 117

<sup>120</sup> Ídem, p. 117

diferencia de las otras causales, esta tiene un plazo, lo que favorece la protección de la vida de la mujer y además, es una forma de resguardar al nasciturus.

En relación al argumento de que el proyecto no contempla soluciones alternativas y a que el acompañamiento no es obligatorio ni disuasivo de la decisión de la mujer que opta por abortar, la sentencia señala observa que el proyecto si contempla la obligación del prestador de salud de entregar “información verbal y escrita sobre las alternativas a la interrupción del embarazo”<sup>121</sup>, por lo que el argumento de los requirentes es errado en ese aspecto. Respecto a que el acompañamiento no es disuasivo, el Tribunal sostiene que ello no lo hace inconstitucional, agregando que “lo relevante es que sea la mujer que decida como obtiene una mejor reparación. Ni el acompañamiento ni la información, puede ser coactivas. Es decir, estar destinados a forzar la voluntad de la mujer en un determinado sentido. Lo importante es que haya acogida, apoyo y redes de apoyo. Sólo así se respetan adecuadamente sus derechos;”<sup>122</sup>.

Por último, respecto a la alegación formulada por los requirentes en relación a que no se exige la acreditación judicial de la violación para acceder a la IVE, la sentencia señala que en ningún caso la atención médica puede condicionarse a la conclusión de un proceso penal. Sin embargo, observa que el proyecto no omite referirse a este aspecto, pues obliga a hacer las denuncias que correspondan, pero en concordancia con la normativa procesal penal, no obliga a la víctima a comparecer en el procedimiento judicial, pues dicha intervención es siempre voluntaria.

De esta forma, el TC rechaza el requerimiento de inconstitucionalidad en lo referido a las tres causales de interrupción del embarazo. En el apartado siguiente, bajo el título “test de proporcionalidad”, se analiza la alegación referida a que las medidas penales serían la mejor manera de proteger la vida prenatal, sometiendo este argumento al llamado test de proporcionalidad que involucra observar tres aspectos: 1) la idoneidad; 2) el test de necesidad; y 3) el balance.

En relación a la idoneidad, la sentencia anota las cifras relativas a la cantidad de mujeres formalizadas y condenadas por el delito de aborto, concluyendo que, dada el bajo número de condenas, la persecución penal resulta ineficaz como mecanismo para dar protección al no nacido. En cuanto al test de necesidad, reitera que el derecho penal debe ser siempre de última ratio, en razón a que existen otras medidas menos lesivas, agregando que “la sanción penal absoluta del aborto, sin causales de excepción, choca con los derechos

---

<sup>121</sup> Ídem, p. 118

<sup>122</sup> Ídem, p. 118

de la mujer. No se da, en consecuencia, el segundo elemento del test;<sup>123</sup>. Por último, el Tribunal señala “en cuanto al balance, tampoco procede. Desde luego, se contrasta los derechos de la mujer con un bien jurídico protegido.”<sup>124</sup>

A continuación, bajo el título “no se afecta la igualdad ante la ley”, la sentencia pasa a rechazar aquellas alegaciones referentes a una supuesta desigualdad ante la ley provocada por algunas normas del proyecto.

Finalmente, en el capítulo segundo de la sentencia -titulado “objeción de conciencia”- el Tribunal expone el razonamiento que funda su decisión de acoger parcialmente ese aspecto del requerimiento de inconstitucionalidad. Al respecto, observa que el nuevo artículo 119 ter introducido por el proyecto al Código Sanitario, constituye una innovación relevante, pues es la primera vez que en nuestro derecho se regula expresamente la objeción de conciencia.

Para comenzar su análisis, el TC se refiere a los dos argumentos fundamentales de la impugnación en esta materia. El primero, señala que restringir el derecho a objeción de conciencia, sólo al personal profesional que ejercerá sus funciones en el pabellón quirúrgico, constituye una discriminación arbitraria respecto del personal no profesional llamado a participar del procedimiento de IVE en tres causales. En segundo lugar, exponen que la titularidad del derecho a objeción de conciencia, debe expandirse además a las instituciones en que el personal de salud presta sus servicios.

En síntesis, el Tribunal afirma que si bien el derecho a objeción de conciencia, no está garantizado de forma explícita en la Constitución, dicho derecho constituye una manifestación de la libertad de conciencia, consagrada como derecho fundamental en el artículo 19 Nº 6 del texto constitucional. En consecuencia, tras reconocer la naturaleza de derecho constitucional de la objeción de conciencia, el TC señala que “no se divisa razón jurídica alguna para restringir la objeción de conciencia solamente a las personas naturales que revistan la condición de profesionales. Cuando aquellas que no lo son también podrían tener reparos, en conciencia, frente a los procedimientos en que deben intervenir”.<sup>125</sup>

En relación a la objeción de conciencia institucional, el TC en su voto de mayoría, se inclina por entender que dicho derecho “puede ser planteado legítimamente por sujetos

---

<sup>123</sup> Ídem, p. 121

<sup>124</sup> Ídem, p. 121

<sup>125</sup> Ídem, p. 129

jurídicos o asociaciones privadas, en este caso, con arreglo a la autonomía constitucional que a los grupos intermedios de la sociedad les reconoce la propia Carta Fundamental”.<sup>126</sup>

En consecuencia, el Tribunal rechaza el capítulo de la impugnación referido a la inconstitucionalidad de las tres causales del proyecto, declarando que cada una de dichas causales no pugnan con la Constitución Política. Sin embargo, acoge el capítulo relativo a la objeción de conciencia, en efecto el TC declaró inconstitucional las disposiciones que radicaban la posibilidad de invocar objeción de conciencia solamente en las personas naturales, y, dentro de ellas, únicamente en los miembros del personal de salud que interviene en el pabellón. También declaró inconstitucional la norma que impedía formular objeción de conciencia ante la inminencia del vencimiento del plazo establecido para la tercera causal, y mantuvo, en cambio su improcedencia en caso de riesgo vital de la gestante.

2.5 Consideraciones finales: revisión del análisis propuesto por la profesora Yanira Zúñiga Añazco<sup>127</sup>

El objetivo del presente apartado es exponer el análisis de la sentencia propuesto por la profesora Yanira Zúñiga, quien descompone el estudio del impacto de la sentencia en torno a tres aspectos de capital importancia.

En primer lugar, sobre el “estatuto constitucional del nasciturus en la sentencia de IVE en tres causales”, la autora destaca el giro en la posición del Tribunal respecto al nasciturus, en relación a su jurisprudencia previa. Pues en la sentencia del año 2008, sobre la píldora del día después, el TC presentó un razonamiento fundado en una tesis tripartita, que estableció: 1) “que el concebido no nacido era una persona y, como tal, lo declaró titular del derecho a la vida”; 2) que la norma del art. 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución (“*la ley protege la vida del que está por nacer*”) debía ser interpretada como un mandato de protección que no admitía excepciones ni relativizaciones de ningún tipo; 3) que ningún riesgo o amenaza de afectación (en este caso un potencial carácter abortivo del fármaco) era tolerable respecto de la vida prenatal, no importando si la ocurrencia de dicho riesgo estaba o no verificada empíricamente, de manera concluyente. Sólo bastaba -arguyó- la

---

<sup>126</sup> Ídem, p. 130

<sup>127</sup> La razón por la que seleccioné el análisis propuesto por la prof. Zúñiga, guarda relación con la acertada agudeza con que, a mi juicio, la autora identifica los aspectos cruciales del debate, junto a los avances y deficiencias de la sentencia sobre IVE en tres causales.

existencia de una duda razonable”<sup>128</sup>. En consecuencia, “el derecho a la vida del nasciturus es absoluto”.<sup>129</sup>

Resulta evidente, afirma la autora, que si el TC hubiera perseverado en aquella tesis tripartita sobre el nasciturus, hubiera sido imposible “avizorar un camino interpretativo que permitiera sostener la conformidad con la Constitución de cualquiera de las tres causales de despenalización contenidas en el proyecto que debió examinar”.<sup>130</sup>

Por ello, para entender el fallo en análisis, cabe detenerse en el mencionado giro interpretativo efectuado por el TC el año 2017. En primer lugar, “abandona la postura de equiparación entre la vida prenatal y la vida independiente”<sup>131</sup>, pues analiza el art. 19 N° 1 del texto constitucional, distinguiendo entre la titularidad del derecho a la vida otorgada a las personas nacidas, y el mandato de protección a la vida del no nacido contenido en el inciso segundo, concluyendo que el nasciturus, al no ser persona en términos constitucionales, no es titular del derecho a la vida. Sin embargo, ello no obsta a que en su sentencia el TC enfatizara en que el nasciturus constituye un bien jurídico relevante, que debe ser protegido por el legislador, a través de medidas legales de diversa índole, que deben ponderar dicha protección con los derechos de las mujeres.

Al interpretar el mandato contenido en el inciso segundo art. 19 N° 1 de la Carta Fundamental, el Tribunal “estima que dicha norma no contiene un mandato de radicalización de la protección de la vida prenatal, ni mucho menos un mandato constitucional de criminalización del aborto”<sup>132</sup>. Cabe detenerse en este último punto, pues en su sentencia el TC despeja indubitadamente su posición en torno a la criminalización del aborto, sosteniendo que el derecho penal debe ser de última ratio, por la evidente afectación de derechos que implica la persecución penal, por ser ineficaz para el propósito de proteger la vida prenatal -en consideración a las cifras sobre el reducido número de condenas por el delito de aborto- y porque existen otras medidas legislativas que satisfacen

---

<sup>128</sup> Zuñiga Añazco, Yanira (2018). Comentario relativo a la sentencia del TC sobre la ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en tres causales. *Anuario de Derecho Público*, p. 130

<sup>129</sup> Ídem, p. 131

<sup>130</sup> Ídem, p. 131

<sup>131</sup> Ídem, p. 131

<sup>132</sup> Ídem, p. 134

de mejor forma la protección de la vida prenatal, y que permiten armonizar dicha tutela con los derechos fundamentales de las mujeres y de los cuerpos gestantes.

“Para terminar de dar un giro completo respecto de la STC sobre píldora del día después, el TC postula ahora que no existen derechos absolutos en el sistema constitucional chileno.” Al respecto, la autora destaca que este cambio de interpretación “es coincidente con buena parte de la tradición comparada constitucional reciente en materia de debates constitucionales en torno a la protección de la vida prenatal y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.”<sup>133</sup> Esta observación se ve confirmada por el hecho de que, en gran parte del mundo, se permite la interrupción voluntaria del embarazo, bajo diferentes modalidades entre las que destacan dos: el modelo de permisos y el de plazos (también llamados de aborto libre).

En segundo lugar, cabe detenerse en observar el análisis y aplicabilidad dada a los derechos constitucionales de las mujeres en la sentencia en comento, pues en palabras de la autora, además del cambio en la posición respecto al estatus jurídico constitucional del nasciturus, “también se puede observar un giro, tan o más importante, en lo relativo al reconocimiento de los derechos de las mujeres.”<sup>134</sup> Al efecto, en primer lugar llama la atención que el Tribunal dedique “un párrafo completo a justificar la afirmación de que la mujer es persona y, por tanto, sujeto de derechos”<sup>135</sup>, esto, a juicio de la autora, constituye un esfuerzo que se explica, porque en la sentencia sobre la píldora del día después, no fue una consideración que estuviera presente. En cambio, en la sentencia sobre IVE en tres causales, el TC formuló una serie de consideraciones que conviene recordar, pues constituyen un aspecto en que la sentencia fue particularmente elocuente. El Tribunal resaltó que la mujer en cuanto sujeto de derechos plenos, no puede ser considerada como un mero instrumento a la hora de evaluar medidas que den protección a la vida prenatal, pues una lectura sistemática de la normativa constitucional, lleva a sostener que la maternidad debe ser un acto voluntario, mas no una imposición del Estado. En ese sentido, se “reivindica la autonomía moral femenina para tomar decisiones durante el embarazo (considerando 99) e insiste que sólo un acompañamiento no coactivo puede ser compatible con los derechos de las mujeres (considerando 111).”<sup>136</sup>

---

<sup>133</sup> Ídem, p. 135

<sup>134</sup> Ídem, p. 136

<sup>135</sup> Ídem, p. 136

<sup>136</sup> Ídem, p. 137

En consideración a lo anterior, la autora sostiene que “las variadas declaraciones que contiene esta sentencia reivindicando la autonomía de las mujeres, merecen ser destacadas por su contribución material y simbólica en la construcción de las mujeres como plenos sujetos de derechos. Sin embargo, la STC sobre *IVE en tres causales* desaprovecha la oportunidad de afinar el estándar de protección de los derechos de las mujeres, en general, y, en especial, el contenido, justificación y alcance de los derechos sexuales y reproductivos, en el régimen constitucional chileno. A los efectos, es importante recordar que estos derechos no tienen consagración expresa en nuestra carta fundamental”<sup>137</sup>. La última afirmación de la autora, guarda relación con las posibilidades interpretativas abiertas por el mandato constitucional de igualdad entre hombres y mujeres, advirtiendo que dicha preceptiva “tiene un especial rendimiento analítico para abordar los conflictos constitucionales que se refieren a los derechos de las mujeres, y para cimentar una aproximación constitucional sobre los derechos reproductivos.”<sup>138</sup>

Por último, se ubica el análisis sobre el razonamiento del Tribunal en relación a la objeción de conciencia. Al efecto, cabe recordar que la sentencia acogió parcialmente las alegaciones sobre este aspecto, dando a la objeción de conciencia un tratamiento similar al efectuado en el derecho comparado, esto es como un “derecho implícito”, derivado de la libertad de conciencia. En este punto, la profesora Yanira Zúñiga observa “sin embargo, se aparta notablemente de la tradición comparada en lo concerniente a su caracterización. La caracterización de la objeción de conciencia que ofrece el TC borra completamente las fronteras entre la objeción de conciencia y la libertad ideológica. La primera -también llamada libertad de conciencia- es una libertad negativa o derecho interferencia; mientras que la segunda, consiste en una inmunidad, es de carácter excepcional y de aplicación estricta. La inflación de la objeción de conciencia que se observa en el fallo es directamente consecuencia de esta confusión. La identidad entre objeción de conciencia y libertad de conciencia facilita la expansión desbocada, particularmente de la primera.”<sup>139</sup> Al respecto, la autora observa dos efectos de esta interpretación -que califica como amplísima- de la objeción de conciencia, el primero, es que podría hacer colapsar el ordenamiento jurídico al abrir la puerta a la legitimación de la desobediencia a la ley, toda vez que ella pugne con las convicciones íntimas de las personas, y en segundo lugar, esta “inflación” provoca efectos muy dañosos para los derechos de las mujeres, esta última consecuencia permite visualizar

---

<sup>137</sup> Ídem, p. 137

<sup>138</sup> Ídem, p. 138

<sup>139</sup> Ídem, p. 139

una ruptura en la coherencia de la sentencia, en relación al razonamiento expuesto por la misma sobre la tutela constitucional de los derechos de las mujeres.

En relación a la aplicación extensiva de la objeción de conciencia a instituciones de salud, la autora detecta “serios problemas en la tesis del TC (...) de entrada, cuesta cómo la noción de conciencia, que remite a procesos individuales e íntimos, podría aplicarse a organizaciones colectivas, de carácter asociativo, cuyos procesos de toma de decisiones no son introspectivos, sino deliberativos.”<sup>140</sup> Esta caracterización del problema de la objeción de conciencia institucional abre más interrogantes, pues resulta complejo responder a la pregunta sobre qué posición valórica refleja de “manera más fiel, la conciencia de la institución”<sup>141</sup>. Además, la autora visualiza otra interrogante de difícil resolución, suscitada en relación a aquellos casos en que una misma institución hay médicos objetores y no objetores “¿cúal de esas conciencias debe privilegiarse? ¿Qué actos/documentos son formalmente aptos para dar cuenta de la conciencia de una persona jurídica? Nada de lo que se dice en el segundo capítulo de la sentencia sirve para responder estas preguntas.”<sup>142</sup>

Desde luego, llama la atención que el análisis del Tribunal sea bastante reducido en comparación al efectuado en torno a la constitucionalidad de las tres causales. El segundo capítulo de la sentencia, omite referencias a “la doctrina comparada sobre los distintos tipos de disensos (meras discrepancias, desobediencia civil, insurrección, objeción de conciencia)”<sup>143</sup>, en efecto, sólo es posible observar un análisis jurídico de aquellas distinciones y sus efectos, en el voto de minoría de los Ministros señores Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino.

“Tampoco se considera útil consultar jurisprudencia comparada sobre este asunto, en contraste con la extensa revisión comparada que se realiza en el primer capítulo de la sentencia, a propósito de las tres causales. Desde luego, es probable que el “método” elegido por el TC respecto de la objeción de conciencia no sea el resultado de un descuido, sino de una decisión deliberada, teniendo en cuenta las evidentes dificultades para armonizar el instrumental teórico-conceptual comparado con la postura que suscribe el TC en esta parte de la sentencia.”<sup>144</sup> En relación a esta afirmación de la autora, cabe resaltar

---

<sup>140</sup> Ídem, p. 139

<sup>141</sup> Ídem, p. 139

<sup>142</sup> Ídem, p. 140

<sup>143</sup> Ídem, p. 140

<sup>144</sup> Ídem, p. 140

que, sin duda no es razonable partir de la premisa de que el TC omitió referirse a la doctrina y jurisprudencia comparada por un mero descuido, sino que la metodología utilizada por el Tribunal da cuenta de una deficiencia argumentativa, que no encuentra justificación lógica, cuyos efectos son -en palabras de la autora- perturbadores, pues no provee criterios “para identificar qué creencias pueden justificar una objeción de conciencia y cuáles no; (...) dados los términos amplísimos que utiliza el TC para definir y justificar la objeción de conciencia (...)”.<sup>145</sup> En este sentido, dicha interpretación lleva a concluir que podría invocarse una convicción personal para excepcionarse de obedecer la ley en cualquier situación, además de abrir paso a consecuencias sumamente gravosas para los derechos de las mujeres, pues “podría transformarse, fácilmente, en el vehículo ideal para transportar la minusvaloración social de lo femenino, expresada en prejuicios, visiones estereotipadas y concepciones culturales hegemónicas sobre la maternidad.”<sup>146</sup>

A modo de conclusión, la autora puntualiza que, si bien, la sentencia da cuenta de un avance en relación a la determinación del estatuto constitucional del nasciturus -a quien no se considera titular del derecho a la vida, por no ser persona en términos constitucionales, sino un bien jurídico, cuya protección constituye un mandato de optimización que habilita al legislador para tomar medidas que contribuyan a ese fin, en el marco de un ejercicio de ponderación de derechos- ; y del régimen jurídico constitucional de protección de los derechos de las mujeres, “en concordancia con la práctica comparada y los estándares internacionales”<sup>147</sup>. A pesar, de exhibir “un escaso examen del mandato constitucional de igualdad entre hombres y mujeres, y una, apenas incipiente, conceptualización de los derechos reproductivos femeninos”<sup>148</sup>.

Finalmente, en concordancia con el análisis precedente sobre el razonamiento del Tribunal en torno a la objeción de conciencia, la autora concluye que sus deficiencias provocan una “pérdida de coherencia interna de la propia sentencia”, dada por “una configuración expansiva y absolutamente liberal de la objeción de conciencia (...)”<sup>149</sup>. Dicha pérdida de coherencia es particularmente palpable, si se contrasta lo dicho en el capítulo primero sobre los derechos de las mujeres, con las consecuencias dañosas que provoca en la práctica dicha aplicación de la objeción de conciencia, pues “la autonomía procreativa de

---

<sup>145</sup> Ídem, p. 140

<sup>146</sup> Ídem, p. 141

<sup>147</sup> Ídem, p. 141

<sup>148</sup> Ídem, p. 141

<sup>149</sup> Ídem, p. 141

las mujeres que gestan en circunstancias trágicas puede quedar subordinada a las decisiones corporativas de hospitales, clínicas, universidades y personal de salud, sin importar si se trata o no de conflictos de conciencia relevantes.”<sup>150</sup>

---

<sup>150</sup> Ídem, p. 141

### Capítulo III: Los derechos sexuales y reproductivos de mujeres y personas gestantes

*“Si en realidad, queremos transformar las condiciones de vida debemos aprender a mirarlas a través de los ojos de las mujeres.”<sup>151</sup>*

#### 3. Derechos sexuales y reproductivos: concepto e historia

Las mujeres y disidencias sexuales han sido sujetas y sujetos históricamente invisibilizados por el Derecho, aquello ha generado que sus vivencias, necesidades y demandas no sean tomadas en cuenta a hora de formular políticas que impacten en el ámbito jurídico, más aún si consideramos que “el control de la sexualidad y el cuerpo de las mujeres ha sido históricamente un dispositivo de dominación para mantener su situación de subordinación”<sup>152</sup>.

En consecuencia, la pretendida neutralidad del Derecho en el trato que da a todas las personas no es tal, pues no se hace cargo de la realidad de millones de mujeres y cuerpos gestantes que día a día se enfrentan a un orden social y jurídico construido desde y para los hombres; en ese sentido, cobra pleno sentido y vigencia la frase extractada en el inicio de este capítulo pronunciada por León Trotsky, pues considero que la carencia de una perspectiva que incorpore la visión de mujeres y disidencias sexuales ha sido determinante a la hora de entender por qué los derechos sexuales y reproductivos no han sido reconocidos y garantizados por el Derecho de forma plena.

En primer lugar, abordaré el tema desde una conceptualización diferenciada de aquello que la doctrina ha entendido por derechos reproductivos por un lado, y derechos sexuales por el otro, pues considero relevante comprender que, si bien se relacionan, son conceptos que integran diferentes derechos.

“Los derechos reproductivos se refieren, en síntesis, al derecho a decidir libre y responsablemente sobre el número, el espaciamiento y la oportunidad de tener hijos, así como el derecho a tener acceso a la información y a los medios para tomar esta decisión.

---

<sup>151</sup> Trotsky, León. *Problemas de la vida cotidiana*. Fundación Federico Engels, 2004.

<sup>152</sup> Corporación Humanas.(2020). Nueva Constitución y derechos sexuales y reproductivos. de Corporación Humanas Sitio web: <http://www.humanas.cl/wp-content/uploads/2016/08/Booklet-NC-DDSSRR.pdf>

En cambio, los derechos sexuales tienen que ver con ejercer la sexualidad y la reproducción libre de discriminación, coerción y violencia.”<sup>153</sup>

Con este primer esbozo de lo que se entiende por derechos reproductivos y sexuales respectivamente, pasaré a dar una revisión histórica del tratamiento y la formulación a nivel internacional de estos derechos, lo cual a la vez contribuirá a complementar y dar una definición más precisa de su contenido.

Las primera instancia internacional en que se decidió acuñar el término “derechos reproductivos” fue en el I Encuentro Internacional de Salud de la Mujer, realizado en Amsterdam, Holanda, en 1984, en esa oportunidad “hubo un consenso de que esta denominación traducía un concepto más completo y adecuado que el de “salud de la mujer” para la amplia agenda de autodeterminación reproductiva de las mujeres”<sup>154</sup>. Posteriormente, en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (1994) que tuvo lugar en El Cairo, Egipto, se retomó aquel concepto alcanzando un mayor nivel de consagración mundial, reafirmandose en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada el año 1995 en Pekín, China. En este punto, cabe resaltar aquello, que según el párrafo 7.3 del Programa de Acción de El Cairo, se entendió por derechos reproductivos:

*Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho de alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coerción ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos sobre derechos humanos.*

Esta definición más amplia de derechos reproductivos, además indica la posibilidad de comprender este derecho como parte integrante de otros derechos humanos consagrados en tratados internacionales de carácter vinculante para los Estados que los

---

<sup>153</sup> Mattar, L. D. (2008). Reconocimiento jurídico de los derechos sexuales: un análisis comparativo con los derechos reproductivos. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, p. 60

<sup>154</sup> Mattar, L. D. (2008). Reconocimiento jurídico de los derechos sexuales: un análisis comparativo con los derechos reproductivos. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, 5(8), 60-83.

suscribieron, como el derecho a la vida e integridad física y psíquica y el derecho a la salud. La relevancia de lo anterior cobra sentido si consideramos que la declaración anteriormente reproducida forma parte de un Programa de Acción que no tiene fuerza vinculante para las naciones, por ello “la comunidad académica ha procurado identificar derechos presentes en tratados de derechos humanos relacionados con los derechos sexuales y reproductivos que puedan darle una mayor consistencia normativa.”<sup>155</sup>

Siguiendo la revisión histórica presentada por Laura Davis Mattar en su artículo *Reconocimiento jurídico de los derechos sexuales – Un análisis comparativo con los derechos reproductivos*, cabe resaltar que la evolución, en perspectiva histórica, da cuenta de que la formulación de estos derechos es de reciente data, pues anteriormente el panorama social no abría siquiera la posibilidad de comprender estas materias como algo relevante, susceptible de ser reconocido como derecho, en particular de mujeres y disidencias sexuales.

“Fue recién a partir del siglo XVIII, en el Renacimiento, que se comenzó a considerar la existencia de un modelo de dos sexos biológicos distintos. Fue el ambiente igualitario de la Revolución Francesa lo que generó un vuelco en el modo de pensar la existencia de hombres y mujeres, teniendo en vista la necesidad de, a partir del referencial de la igualdad, deshacer la concepción de mujer como ser humano inferior.”<sup>156</sup> Sin embargo, esta transformación fue muy inicial pues las mujeres, por sus características biológicas, seguían estando asociadas únicamente al rol de la maternidad y, además, la actividad sexual estaba ligada únicamente a la reproducción.

Posteriormente, “la construcción de los derechos reproductivos como derechos humanos fue realizada históricamente por dos movimientos distintos: el poblacional y el de las mujeres”<sup>157</sup>, cabe efectuar esta distinción a la hora de comprender la evolución histórica de este derecho, pues evidentemente dichos movimientos pusieron al centro el tema, pero desde perspectivas y con objetivos completamente distintos. Como señala Laura Davis, el movimiento poblacional (llamado neomalthusiano) en la década de los 60 surgió producto de la preocupación en torno a las consecuencias negativas que podría traer el crecimiento demográfico, según los índices que se manejaban en la época, en síntesis, “esta intervención tenía como único objeto reducir el crecimiento poblacional, sin preocuparse

---

<sup>155</sup> Mattar, L. D. (2008). Reconocimiento jurídico de los derechos sexuales: un análisis comparativo con los derechos reproductivos. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, 5(8), 60-83

<sup>156</sup> Ídem, p. 67

<sup>157</sup> Ídem, p. 70

de hecho por las mujeres, sujetos principales de la actividad reproductiva”<sup>158</sup>. En cambio, el movimiento de mujeres puso al centro la cuestión de la autonomía reproductiva desde la perspectiva de género, en clave de derechos humanos, ello se expresó con mayor claridad en la Conferencia de El Cairo, pues “quedó explícitamente definido en la Conferencia que las políticas poblacionales deberían ser orientadas por los derechos humanos”<sup>159</sup>

En relación a los derechos sexuales hay un menor desarrollo en su reconocimiento internacional, sobre ellos cabe avanzar en una conceptualización clara que permita distinguirlos de aquellos de orden reproductivo, en este sentido se ha señalado “entre los componentes de la sexualidad que deben protegerse se encuentran la identidad sexual y de género, la orientación sexual, la elección de pareja, la actividad sexual libre y consentida, el erotismo, el placer y la intimidad”<sup>160</sup>.

En el ámbito de Tratados Internacionales, cabe destacar tres hitos en la evolución y reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos (en adelante DSR), “en primer lugar, destaca la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), donde a partir de diferentes artículos refleja la incorporación de DSR (...) Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) ha desarrollado los alcances de estas obligaciones principalmente en su Recomendación General N° 24, referida a la mujer y a la salud (también la reproductiva) como derecho básico previsto en la CEDAW”<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> Ídem, p. 71

<sup>159</sup> BARSTED, L.L. As Conferências das Nações unidas influenciando a mudança legislativa e as decisões do Poder Judiciário. In: Seminário: Direitos Humanos: Rumo a uma Jurisprudência da Igualdade, Belo Horizonte, 14 a 17 de mayo de 1998, apud PIOVESAN, F. y PIROTTA, W.R.B. A Proteção dos Direitos Reprodutivos no Direito Internacional e no Direito Interno. In: PIOVESAN, F. Temas de Direitos Humanos, 2ª ed., San Pablo: Max Limonad, p. 237-276, 2003, p. 241-242.

<sup>160</sup> VILLANUEVA FLORES, R. “Protección Constitucional de los Derechos Sexuales y Reproductivos”. En: *Protección Constitucional de los Derechos Sexuales y Reproductivos*. IIDH, San José de Costa Rica, 2007.

<sup>161</sup> Casas Varez, M., & Cabezas, G. (2016). Los derechos sexuales y reproductivos desde la perspectiva de género en América Latina: entre el control y la autonomía. En: Working Papers CDH (Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile).

En segundo lugar, destaca el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), cuyo artículo 12 consagra el derecho al acceso a la salud sin discriminación, dicha obligación de respeto, garantía y no discriminación pesa sobre los Estados que suscribieron dicho Pacto, y el Comité DESC ha elaborado recomendaciones generales en que reafirma los alcances de dichas obligaciones en materia de salud. En tercer lugar, “el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención contra la Tortura u Otros Tratos Cruels hace un acercamiento a los DSR en tanto conceptualiza la denegación de acceso a servicios de salud sexual y reproductiva como trato degradante y cruel (...) En esta línea, el Comité Contra la Tortura y el Comité de Derechos Humanos (que monitorea el Pacto de Derechos Civiles y Políticos) han establecido que la violación de derechos reproductivos “puede constituir violaciones a la prohibición de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes”<sup>162</sup>.

En conclusión, es posible observar que los DSR han sido reconocidos con mayor claridad en aquellos aspectos relativos a temas reproductivos, a través de instrumentos como la CEDAW, el PIDESC (en que se incluye a los DSR como parte del derecho al acceso a la salud) y, por último, en términos de conductas constitutivas de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, me parece que el trabajo de los Comités ha sido especialmente relevante para dar cuenta de la importancia de efectivizar el cumplimiento de los DSR por parte de los Estados que suscribieron la Convención contra la Tortura.

### 3.1 Criminalización del aborto consentido: consideraciones generales ante un debate jurídico-político abierto

“Hasta el momento, la discusión acerca de la regulación del aborto ha girado alrededor de la cuestión del estatus constitucional del *nasciturus*. Es decir, si cabe o no considerarlo como persona, titular del derecho constitucional a la vida, conforme a la Constitución. Esta es una estrategia argumental característica del discurso público vinculado al magisterio eclesiástico: concentrar la discusión en un debate que es circular y que no es decisivo para el tratamiento de los problemas prácticos involucrados.”<sup>163</sup>

---

<sup>162</sup> Casas Varez, M., & Cabezas, G. (2016). Los derechos sexuales y reproductivos desde la perspectiva de género en América Latina: entre el control y la autonomía. En: Working Papers CDH (Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile).

<sup>163</sup> Bascuñán, Antonio (2004). La licitud del aborto consentido en el derecho chileno. *Revista Derecho y Humanidades*, 10, 143-81.

El aborto es una realidad y su criminalización pone en riesgo la vida de mujeres, niñas, adolescentes y personas gestantes, pues la persecución penal genera que quienes deciden abortar deban hacerlo clandestinamente.

No es posible refrendar la afirmación precedente mediante datos estadísticos y cifras que indiquen el número de abortos clandestinos y muertes asociadas a ello, producto de la dificultad dada por la propia clandestinidad en que se realiza el procedimiento en aquellos países en que interrumpir voluntariamente el embarazo es una conducta tipificada como delito; sin embargo, afirmar que el aborto es una realidad y que su criminalización implica un severo riesgo para la salud y la vida de quienes que, a pesar de la prohibición legal deciden abortar; es una aseveración respaldada por millones de mujeres que en todo el mundo, y desde diversas trincheras, han luchado por conquistar el aborto como un derecho garantizado por el Estado, dando cuenta de que el asunto es un problema de salud pública marcado por el hecho de que su punición profundiza las desigualdades propias de la sociedad de clases, pues como señala Andrea Datri “La pertenencia de clase de un sujeto delimitará los contornos de su opresión. Por ejemplo, aunque la imposibilidad legal de ejercer derecho sobre el propio cuerpo sea uniforme para muchas mujeres del mundo en el plano formal del *corpus* jurídico, no son equivalentes –en el plano de lo real– las prácticas ilegales posibles y sus previsibles consecuencias para quienes pueden acceder al clandestino aborto aséptico por posición económica, social y hasta nivel educativo, que para las que deben morir por hemorragias e infecciones, víctimas de un orden patriarcal con descarnado rostro capitalista.”<sup>164</sup>

### 3.2 Tratamiento penal del aborto en Chile

El objetivo del presente apartado es presentar una revisión sintética del tratamiento que el Código Penal da al delito de aborto en Chile.

El delito de aborto se encuentra tipificado en Libro II del Código Penal, en específico, en el Título VII sobre “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”. La ubicación del delito de aborto bajo ese título ha generado discusión en torno al bien jurídico que la norma penal busca resguardar. Sin embargo, la opinión mayoritaria de la doctrina indica que lo que se busca proteger es la vida humana dependiente, para distinguirla de otras figuras como el homicidio y el infanticidio que resguardan la vida humana independiente.

---

<sup>164</sup> D’Atri, A. (2004). Pan y rosas. *Pertenencia de género y antagonismo de clase en el capitalismo*. Buenos aires: Las armas de la crítica.

Siguiendo la clasificación presentada por los profesores Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, daré cuenta de las principales características del aborto voluntario punible, pasando por el aborto voluntario no punible y finalmente, el aborto no voluntario.

a) Aborto voluntario punible

En términos generales, este delito se configura cuando hay consentimiento de la mujer o persona gestante para efectuar maniobras abortivas, llevadas adelante por ella misma (autoaborto) o consintiendo en que un tercero las efectúe (aborto consentido), en este punto cabe “(...) establecer, además, si se trata de uno de los casos permitidos por la ley, supuestos en los cuales el elemento normativo introducido en la descripción del delito excluye su tipicidad”<sup>165</sup>, ya que el art. 344 del Código Penal (en adelante, CP) fue modificado por la ley 21.030 para exceptuar de la norma los casos previstos en el art. 119 del Código Sanitario.

Respecto a la distinción entre autoaborto y aborto consentido, en términos de autoría, evidentemente en el primero sólo será autora la mujer embarazada, mientras en el segundo aparte del consentimiento de la gestante hay intervención de un tercero. Cabe destacar que estas intervenciones son sancionadas de forma diferente: “(i) la mujer que consiente en el aborto es sancionada por el delito del art. 344; (ii) el tercero que no es facultativo, por el del art. 341 N° 3; y (iii) el tercero que es facultativo, por el del art. 345.” En consecuencia, es posible observar que la norma establece penas más altas para la mujer que consiente en su aborto (presidio menor en su grado máximo), en relación a la pena establecida para el tercero que participa del delito y no es facultativo (presidio menor en su grado medio). Además el art. 345 CP establece también un mayor reproche, reflejado en el aumento de la pena en un grado, para el facultativo que realiza un aborto consentido punible (presidio menor en su grado máximo).

De lo anterior, surge la pregunta sobre por qué la mujer es reprochada de forma más severa por el sistema penal. Entre quienes desarrollan un análisis al respecto me permito citar el siguiente extracto del artículo “El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto” donde Javier Wilenmann plantea “(...) una de las características centrales de la regulación del aborto en el *Código Penal* es el reconocimiento de una intensificación de la protección del *nasciturus* frente a la mujer embarazada, tanto por ampliación de los supuestos de realización del tipo como en relación con la penalidad asignada por el sistema. Esta característica es criticada por una parte de la doctrina nacional. La razón de la crítica se encuentra en la negativa de reconocer un caso de mayor exigibilidad de evitación del

---

<sup>165</sup> MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Cecilia. Manual de derecho penal chileno: parte especial. 2017.

resultado en la situación de la mujer embarazada con pretensiones de abortar –como exigiría la intensificación de la protección a su respecto–, reconociendo en cambio la existencia de un conflicto entre sus derechos fundamentales y la protección del nasciturus, lo que configuraría en realidad una situación de menor exigibilidad en el caso de la mujer embarazada. Con ello, el *Código Penal* invertiría erradamente la valoración de la situación: la mujer embarazada debiera poder cometer en menor medida el tipo de aborto y, en todo caso, en los supuestos en que sea justificable el tipo, éste debiera tener una penalidad inferior. Esa sería la consecuencia sensata de la situación de menor exigibilidad real de la mujer, y no en cambio la doble intensificación que presenta el Código Penal.”<sup>166</sup>

#### b) Aborto Voluntario no punible

Tras las modificaciones a la normativa penal y sanitaria introducidas por la ley 21.030; en Chile hay tres causales en que el aborto consentido será una conducta atípica, dichas causales están previstas en el art. 119 del Código Sanitario, y requerirán el consentimiento expreso de la gestante para que un médico cirujano las realice.

En términos penales, la doctrina categoriza las causales en: 1) indicación terapéutica; 2) indicación eugenésica e; 3) indicación socio cultural, esto, para referirse -respectivamente- al aborto en circunstancias en que esté en riesgo la vida de la gestante, al hecho de que el embrión o feto padezca una patología incompatible con la vida extrauterina y al embarazo producto de una violación.

#### c) El aborto honoris causa

El art. 344 inciso segundo del Código Penal prevé una situación en la cual la mujer que consiente en su aborto, será castigada con una pena atenuada en un grado, es decir, presidio menor en su grado medio. La configuración de la circunstancia atenuante está dada por si el hecho de que la gestante abortare para “ocultar su deshonra”, dicha circunstancia “se trata de una disposición moral, en los términos del art. 64, incommunicable para terceros”<sup>167</sup>.

---

<sup>166</sup> Wilenmann, J. (2013). El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (40), 281-319.

<sup>167</sup> MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Cecilia. Manual de derecho penal chileno: parte especial. 2017.

#### d) Aborto No Voluntario

La clave para distinguir esta figura de las anteriormente mencionadas, radica en la falta de consentimiento de la mujer embarazada para realizar el aborto.

En consecuencia, en este marco, nos encontramos con el aborto no voluntario causado con violencia (art. 342 N° 1) donde “la principal cuestión que aquí se plantea es determinar la clase de violencia que ha de emplearse como medio para la comisión de esta figura. Naturalmente, no se discute la inclusión de la fuerza física desplegada sobre el cuerpo de la mujer embarazada como medio de actuación violento, siempre que no sea consentida (Politoff/ Bustos/ Grisolia, 150). El problema es si puede concebirse la sanción del tercero a este título tratándose del empleo de violencia moral, coacciones o amenazas, para inducir a la propia mujer a realizar conductas que causen el aborto o vencer su resistencia a que otro se lo cause. La doctrina está conteste en que en estos casos no existe una limitación en la literalidad del texto que impida considerar la violencia moral o intimidación como una forma de violencia (...), siempre que se trate de una intimidación seria, verosímil y grave, consistente en amenazas que apunten directa e inmediatamente a la integridad física de la mujer o de un tercero relacionado que se encuentre presente.”<sup>168</sup>

En segundo lugar, el art. 342 N° 2 del Código Penal tipifica lo que la doctrina denomina “aborto no voluntario causado sin violencia”, a este supuesto el sistema le impone una pena inferior a la del aborto violento y superior a la del consentido. En cuanto a sus características esenciales, son dos elementos negativos: “la falta de consentimiento y la falta de violencia física o moral (intimidación)”. En términos prácticos, este supuesto normativo se configuraría en situaciones como la que se describe a continuación: “como señalan Politoff/ Bustos/ Grisolia, esta figura sólo parece aplicable al caso de cometer un aborto encontrándose la mujer “privada de sentido, si carece de comprensión sobre la índole de las maniobras o si se la engaña”.<sup>169</sup>

Por último, nos encontramos con el llamado “aborto sin propósito de causarlo” previsto en el art. 343 del Código Penal, que sanciona al que “con violencias ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor”. Según la interpretación de Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, la clave para distinguir esta figura de aquella que penaliza el aborto no voluntario causado con violencia, radica en el propósito del autor, por

---

<sup>168</sup> Acuña, Matus., Pierre, J., & Guzmán, M. C. Ramirez. (2017). Manual de Derecho Penal Chileno. *Parte Especial, 1*.

<sup>169</sup> Ídem, p. 83

tanto si el fin era causar el aborto será sancionado según el art. 342 N° 1 y si no lo tuvo responderá en los términos del art. 343, “cualquiera haya sido su estado mental respecto del resultado abortivo: si lo previó y no lo aceptó (imprudencia) o si lo previó y lo aceptó (dolo eventual)”.<sup>170</sup>

### 3.3 El rol del Derecho Penal en la criminalización del aborto

El título del presente apartado puede parecer tautológico, en la medida en que precisamente, el rol del Derecho Penal es criminalizar ciertas conductas, en este caso, el aborto. Sin embargo, el sentido de aquella formulación es delimitar la criminalización de la conducta por parte de la ley penal, de otras formas en que el aborto continúa siendo criminalizado en nuestra sociedad, por ejemplo, por consideraciones de carácter religioso que fundamentan posturas conservadoras en torno a la posibilidad de las mujeres de decidir sobre sus cuerpos y vidas.

Hecha esa aclaración, pasaré a presentar las consideraciones formuladas en la investigación “Muerte o cárcel, persecución y sanción por aborto”<sup>171</sup> presentado por el Consorcio Latinoamericano contra el Aborto Inseguro (CLACAI) el año 2018, que dedica un capítulo al estudio del rol del Derecho Penal en la criminalización del aborto.

En primer lugar, cabe preguntarse por la fundamentación que yace tras la utilización de la ley penal en casos de aborto consentido por la mujer, en ese sentido cabe hacer presente que -en abstracto- el Derecho Penal podría ser útil para “disuadir crímenes futuros y sancionar o rehabilitar a los infractores para reinsertarlos a la sociedad”<sup>172 173</sup>. Sin embargo, “a la hora de analizar los límites del poder punitivo del Estado, resulta esencial destacar aquel que apunta al derecho penal como último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de protección menos lesivas”. En consecuencia, la utilización del derecho penal debe ser comprendido bajo el principio de última ratio. En este punto cabe destacar que dicho principio ha sido reafirmado por el Tribunal Constitucional chileno en su sentencia sobre la constitucionalidad del aborto en tres causales, dando cuenta de que para proteger ciertos bienes jurídicos -como la vida humana en gestación- cabe tener presente el principio de

---

<sup>170</sup> Ídem, p. 85

<sup>171</sup> O'Neil, C. A. (2018). Muerte o cárcel. Persecución y sanción por aborto.

<sup>172</sup> Moore, M. S. (2010). Closet Retributism. En Moore, M. S., *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press

<sup>173</sup> Feinberg, J. (1965). The Expressive Function of Punishment, *The Monist* 49 (3), 397-423

última ratio, pues la consecución de dicho propósito puede efectivizarse a través de otro tipo de legislación, de carácter educativo, sanitario, y laboral, que es más eficaz y menos lesivo, en relación a otros derechos que inevitablemente se ven transgredidos por la persecución penal.

“El derecho penal, entendido bajo el principio de *última ratio* como límite general, y a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, contempla principios fundamentales que limitan su uso irrestricto.”<sup>174</sup>. Los principios a que hace referencia el autor en la cita precedente, son los siguientes: a) Fin o propósito legítimo; b) Legalidad (en términos de que, tanto los delitos como las penas deben estar definidos por una norma de carácter legal); c) Necesidad (“también llamado de *mínima intervención* (...) es decir, para que intervenga el derecho penal su presencia debe ser absolutamente imprescindible ya que de lo contrario generaría una lesión inútil a los derechos fundamentales”<sup>175 176</sup>); d) Proporcionalidad y e) No discriminación.

Cabe detenerse sobre el último principio planteado en el párrafo precedente, es decir, el de “no discriminación”, pues la evidencia plantea que, en términos reales, la criminalización del aborto afecta primordialmente a un sector de mujeres, pues como señala la cita a Andrea Datri -presentada en las consideraciones generales- quienes son investigadas, procesadas y eventualmente condenadas por el delito de aborto, son las mujeres que no cuentan con recursos suficientes para acceder a un aborto clandestino en condiciones seguras -en términos sanitarios y legales- por tanto, la criminalización del aborto viene a profundizar las desigualdades sociales, generando un efecto discriminatorio.

“A la hora de criminalizar el aborto, el Estado pretende perseguir dos objetivos primordiales que, según muestra la evidencia, no se cumplen a pesar de que esta criminalización se efectivice. Por un lado, con la criminalización, el Estado pretende *disuadir* a las mujeres, niñas y adolescentes de abandonar la intención de abortar y, por otro,

---

<sup>174</sup> O'Neil, C. A. (2018). Muerte o cárcel. Persecución y sanción por aborto.

<sup>175</sup> Comisión de Derechos Humanos. (1984). *41º período de sesiones, Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Doc. de la ONU E/CN. 4/1985/4, párr. 10-14

<sup>176</sup> Comisión de Derechos Humanos (1987). *43º período de sesiones, Principios de Limburgo sobre la aplicación de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Doc. ONU E/CN. 4/1987/17, párr. 60-61

mediante la punición, pretende *convencer* o *coaccionar* a las mujeres, niñas y adolescentes para que asuman su rol reproductivo y de maternidad en la sociedad.”<sup>177</sup>

#### **Capítulo IV: Jurisprudencia latinoamericana sobre Interrupción Voluntaria del Embarazo: el caso colombiano**

##### 4. Presentación

Hace ya un par de décadas el debate en torno al aborto ha cobrado especial relevancia en el plano judicial; lo cual ha permitido observar distintas lecturas, que dan cuenta de algunas de las perspectivas desde las que es posible abordar la discusión en términos jurídicos.

“Hacia el 2004, diez años después de los acuerdos adoptados en La Conferencia de Población y Desarrollo en el Cairo, pocos tribunales constitucionales y supremos de América

---

<sup>177</sup> O'Neil, C. A. (2018). Muerte o cárcel. Persecución y sanción por aborto.

Latina se habían pronunciado sobre las normas penales que regían el aborto. En las escasas circunstancias en que los jueces habían enfrentado casos sobre el tema, las decisiones mostraban una impronta muy restrictiva. (...)”<sup>178</sup>

Las sentencias sobre aborto constituyen un “fenómeno inédito en la región”<sup>179</sup>, pues en países europeos, como Alemania, o en Estados Unidos la discusión en torno a la materia había conducido a emblemáticos pronunciamientos judiciales, como la sentencia de 1973 de la Suprema Corte de EE.UU en el conocido caso “Roe vs. Wade”. Sin embargo, lo inédito de este fenómeno no sólo está dado por lo anterior, sino también porque es posible observar una creciente evolución y constitucionalización del debate, pues muchos tribunales han recurrido a sus Constituciones para arribar a conclusiones jurídicas en torno a temas de cabal importancia -algunos de los cuales no habían sido considerados con anterioridad- entre los que destacan, el margen de discrecionalidad otorgado al legislador para sancionar o despenalizar ciertas conductas, el derecho de las mujeres a desarrollarse en condiciones de igualdad y dignidad, los derechos sexuales y reproductivos de las personas gestantes, la necesidad de ponderación entre intereses constitucionalmente protegidos y derechos fundamentales, etc . Además es posible observar constantes referencias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para fundar decisiones en uno u otro sentido.

“(…) Los tribunales se enredaban una y otra vez en el debate sobre los parámetros para definir el comienzo de la vida. En los casos de Costa Rica y Argentina, luego de concluir la titularidad de un derecho a la vida en cabeza del embrión, derecho existente incluso antes de su implantación, las sentencias adoptaban un abordaje categórico que asumía un mandato de protección absoluta de la vida. En estos últimos países, además las referencias a conocimientos científicos de fuente dudosa y la alusión a encíclicas papales formaban parte también del discurso judicial. Los magistrados argentinos y costarricenses consideraban que el artículo 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, y otras normas que implícita o explícitamente protegían el derecho a la vida en los textos constitucionales, exigían la protección de un derecho a la vida mediante normas con la estructura de una regla. De este modo, cualquier tipo de ponderación frente a otros

---

<sup>178</sup> Bergallo, P., & Michel, A. R. La constitucionalización del aborto y sus encuadres en las altas cortes de América Latina. *La reproducción en cuestión: investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto*. P. 3.

<sup>179</sup> Bergallo, P., & Michel, A. R. La constitucionalización del aborto y sus encuadres en las altas cortes de América Latina. *La reproducción en cuestión: investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto*. P. 2.

derechos o intereses en conflicto quedaba excluida. Tampoco se incluía referencia alguna a los derechos sexuales y reproductivos, menos aun sobre las injusticias reproductivas basadas en el género y experimentadas especialmente por las mujeres.”<sup>180</sup>

Cabe resaltar que a partir del 2004 “este discurso categórico y simplón comenzó a experimentar mutaciones”<sup>181</sup>, cuyo eje central es el creciente reconocimiento judicial en torno a que es clave adoptar un enfoque que comprenda la relevancia de ponderar los derechos de las mujeres con los intereses protegidos -o eventuales derechos- conferidos a la vida prenatal, a fin de arribar a decisiones razonables y armónicas. En consecuencia, “la apelación a la necesidad de un juicio de balanceo o proporcionalidad devino, entonces, el punto de partida del nuevo encuadre constitucional del aborto en varios países de la región”<sup>182</sup>, dicho enfoque, incluso fue adoptado en países con una tradición de normas restrictivas en torno al aborto, como El Salvador.

#### 4.1 Interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia

##### a) Aspectos generales

La sentencia C-355 pronunciada por la Corte Constitucional de Colombia el año 2006 marcó un antes y después en la regulación del aborto en ese país. Aquel pronunciamiento judicial es un hito jurisprudencial, pues declaró inconstitucional la normativa penal que sancionaba el aborto de forma absoluta, estableciendo -en cambio- tres causales específicas en que la interrupción voluntaria del embarazo pasó a ser un derecho fundamental de las mujeres colombianas.

Bajo una argumentación que incluyó consideraciones a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres a la luz de la normativa constitucional e internacional de derechos humanos; la Corte se detuvo a analizar los “límites a la potestad de configuración

---

<sup>180</sup> Bergallo, P., & Michel, A. R. La constitucionalización del aborto y sus encuadres en las altas cortes de América Latina. *La reproducción en cuestión: investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto*. P. 5.

<sup>181</sup> Bergallo, P., & Michel, A. R. La constitucionalización del aborto y sus encuadres en las altas cortes de América Latina. *La reproducción en cuestión: investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto*. P. 5.

<sup>182</sup> Bergallo, P., & Michel, A. R. La constitucionalización del aborto y sus encuadres en las altas cortes de América Latina. *La reproducción en cuestión: investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto*. P. 6.

del legislador en materia penal<sup>183</sup> y reguló el derecho a objeción de conciencia, estableciendo su titularidad y límites.

La sentencia en comento, además de ser el punto de referencia del nuevo régimen legal relativo a la IVE en Colombia, fue seguida de un conjunto de sentencias de la misma magistratura sobre la materia. Dicha jurisprudencia posterior, vino a desarrollar conceptos como el derecho a la intimidad -concretado en la reserva de identidad de las mujeres que solicitan el procedimiento de IVE- el derecho al diagnóstico oportuno completo y de calidad; además de conocer casos concretos en que, por ejemplo, se demandó a prestadores de salud por imponer requisitos no previstos por la sentencia C-355 para realizar la IVE.

b) La sentencia C-355 de la Corte Constitucional Colombiana y jurisprudencia posterior

A continuación, resaltaré los argumentos centrales esgrimidos por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-355 de 2006, que despenalizó la IVE en tres causales. En segundo lugar, expondré los elementos más relevantes observados en algunas sentencias posteriores.

En referencia a la Constitución Colombiana de 1991 “la sentencia hace una distinción entre la vida como un bien constitucionalmente protegido y el derecho a la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental”<sup>184</sup> Tras efectuar dicha distinción, la Corte arriba a dos conclusiones: en primer lugar, que la vida -en sus dos acepciones- no tiene un carácter absoluto, por lo cual “debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales”<sup>185</sup>. En segundo lugar que la titularidad del derecho fundamental a la vida está radicado en la persona humana; aquello plantea la necesidad de reconocer que hay una diferencia de capital importancia entre la protección a la vida de la mujer y la del nasciturus, ya que esta última no tiene el mismo grado e intensidad de protección que la primera.

En relación a la protección a la vida, la Corte presenta una revisión de lo establecido por tratados internacionales de Derechos Humanos, que hacen parte del bloque de

---

<sup>183</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia* C-355/06, 10 de mayo de 2006.

<sup>184</sup> COLOMBIA, D. (2007). Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la sentencia C-355 de la Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos humanos. P. 49.

<sup>185</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia* C-355/06, 10 de mayo de 2006.

constitucionalidad. En este punto, la sentencia enfatiza en la relevancia de efectuar una interpretación armónica y sistemática de los instrumentos internacionales, concluyendo que “de las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto en su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado”<sup>186</sup>.

En sintonía con la mayoría de las sentencias latinoamericanas que se han pronunciado sobre la IVE, la Corte Colombiana parte por el reconocimiento de los derechos de las mujeres, cuya base tiene fundamento constitucional e internacional. En este punto, cabe resaltar dos aspectos considerados por la sentencia. En primer lugar, desde los derechos de las mujeres, asigna una especial relevancia a los derechos sexuales y reproductivos. En segundo lugar, sienta las bases de aquella relevancia, estableciendo una ligazón entre aquellos derechos y otros ampliamente reconocidos, como el derecho a la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia, el derecho al trabajo y a la educación.<sup>187</sup>

Sobre los instrumentos internacionales suscritos por el Estado Colombiano, la Corte establece que “son fundamentales para la protección y garantía de los derechos de las mujeres por cuanto son marco de referencia al establecer conceptos que contribuyen a interpretarlos tanto en la esfera internacional como en la nacional”<sup>188</sup>

En consecuencia, de la revisión constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH), la Corte arriba a conclusiones en torno al carácter de los derechos sexuales y reproductivos (en adelante DSR), como derechos humanos de las mujeres. Dicha característica de los DSR, conduce a considerarlos como parte del derecho constitucional en tanto “soporte fundamental de los Estados democráticos”<sup>189</sup>.

---

<sup>186</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia* C-355/06, 10 de mayo de 2006.

<sup>187</sup> COLOMBIA, D. (2007). Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la sentencia C-355 de la Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos humanos. P.51.

<sup>188</sup> COLOMBIA, D. (2007). Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la sentencia C-355 de la Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos humanos. P.51.

<sup>189</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia* C-355/06, 10 de mayo de 2006.

Tras revisar los alcances de la protección a la vida y el carácter de derecho humano de los DSR, la sentencia se avoca a analizar los límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal, en este punto la Corte parte de la premisa que establece, en términos generales, la libertad de configuración del legislador. Sin embargo, añade que dicha libertad encuentra su límite en los principios y valores constitucionales y en los derechos fundamentales. En ese sentido, establece algunos de los límites que cobran especial relevancia para la consideración de la controversia sometida a su decisión. En primer lugar, sitúa a la dignidad -como principio y derecho fundamental- como límite a aquella libertad de configuración del legislador en materia penal; en relación con la mujer la sentencia sostiene que “el ámbito de protección de su dignidad humana incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluye su autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, o inflingirle sufrimientos morales deliberados”<sup>190</sup>. En consecuencia, sostiene que “(...) el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear”<sup>191</sup>

En la misma línea argumental, la sentencia establece que otro de los límites a la libertad de configuración del legislador, está dado por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendiendo que aquel derecho comprende la obligación estatal de abstenerse de intervenir en ciertos asuntos que sólo atañen a la persona, pues de lo contrario se le estaría reduciendo a un objeto, carente de ética propia.

En tercer lugar, sitúa a la salud como límite al legislador, sosteniendo que, si bien, no es considerada como un derecho fundamental en la Constitución Política, sí es posible asignarle dicho carácter cuando se relaciona con el derecho a la vida. En ese sentido, la sentencia entiende que el derecho a la salud comprende la salud física y mental y en relación con las mujeres “se extiende a su salud reproductiva”.<sup>192</sup>

En cuarto lugar, la sentencia recurre al bloque de constitucionalidad para explicar otro límite al legislador, concluyendo que “tanto los tratados internacionales de derechos

---

<sup>190</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia* C-355/06, 10 de mayo de 2006

<sup>191</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia* C-355/06, 10 de mayo de 2006

<sup>192</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia* C-355/06, 10 de mayo de 2006

humanos como las recomendaciones de diversos comités hacen parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, la penalización total del aborto es inconstitucional y vulnera el bloque de constitucionalidad”.<sup>193</sup>

Por último, la Corte atiende a los principios de proporcionalidad y razonabilidad como límites al legislador; en materia de aborto la Corte concluyó que “es necesario aplicar un juicio de proporcionalidad para decidir en qué hipótesis el legislador penal, con el propósito de proteger la vida del nasciturus, termina afectando de manera desproporcionada los derechos de la mujer y transgrediendo los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración”.<sup>194</sup>

Tras asentar los criterios sintetizados en los párrafos anteriores, la Corte aborda el caso concreto, es decir, la constitucionalidad de la normativa penal que sancionaba de forma absoluta la IVE. En este punto, cabe resaltar que la Corte opta por una interpretación constitucional que comprende el asunto como un tema complejo, que requiere de un ejercicio ponderativo de los derechos y valores enfrentados. Desde aquel enfoque, en primer término la Corte señala que “la interrupción del embarazo no es abordada por nuestro ordenamiento constitucional como un asunto exclusivamente privado de la mujer embarazada y por lo tanto reservada al ámbito del ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad”<sup>195</sup>, en consecuencia, afirma un interés estatal en la protección de la vida prenatal. Sin embargo, aquel interés estatal encuentra su límite en la imposición de cargas desproporcionadas a la mujer embarazada. La sentencia reconoce que la normativa penal vigente hasta ese momento daba absoluta preeminencia a la protección de la vida prenatal, anulando todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que resulta inconstitucional.

Bajo aquel razonamiento la sentencia despenalizó tres hipótesis en que la IVE pasó a ser un derecho fundamental de las mujeres colombianas. La primera causal se configura en aquellos casos en que el embarazo es producto de un acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Respecto a estos casos, el Código Penal de época, sólo consideraba una atenuación de la pena, es decir, la mujer seguía siendo considerada como autora de un delito. La sentencia en comento, además fue clara en que para establecer la concurrencia

---

<sup>193</sup> COLOMBIA, D. (2007). Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la sentencia C-355 de la Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos humanos. P.56.

<sup>194</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia* C-355/06, 10 de mayo de 2006

<sup>195</sup> Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia* C-355/06, 10 de mayo de 2006

de esta causal sólo es necesaria una denuncia, señalando ejemplos de exigencias que no son procedentes para autorizar la IVE bajo esta causal. La segunda causal se configura en aquellos casos en que del embarazo se sigue un riesgo para la vida o la salud de la mujer gestante. La tercera causal se configura cuando el feto o embrión sufre de malformaciones o patologías incompatibles con la vida extrauterina; estas últimas causales deben estar certificadas por un profesional de la medicina para proceder a la interrupción.

Finalmente, la sentencia aborda la objeción de conciencia. Al respecto, la Corte comprende la relevancia de regular aquel derecho, pues de lo contrario, podría constituirse en una barrera para que las mujeres efectivamente puedan acceder a abortos seguros en las hipótesis despenalizadas. En ese sentido, lo más relevante es que la titularidad de dicho derecho se restringió de forma clara, sólo a las personas naturales que ejercen la profesión médica, excluyendo al resto del personal de salud y al administrativo, y evidentemente, a las instituciones.

En la jurisprudencia posterior, generada a partir de la sentencia C-355, la Corte Constitucional Colombiana conoció acciones de tutela en que se alegaba la exigencia de requerimientos adicionales a los previstos por la sentencia de 2006 para acceder a la IVE en alguna de las tres causales, en ese sentido la Corte calificó como “dilaciones injustificadas” (sentencia T- 988 de 2007) aquellas exigencias que obstaculizaban la práctica del aborto seguro. En otras sentencias, como la T-209 de 2008, la Corte reiteró que la objeción de conciencia es un derecho del cual no son titulares las personas jurídicas, por tanto su ejercicio debe ser individual y fundado por escrito, enfatizando que la objeción de conciencia no puede vulnerar los derechos fundamentales de las mujeres, obstaculizando el ejercicio real del derecho fundamental a la IVE en tres causales autorizado por la sentencia C-355 de 2006.

A modo de conclusión, la sentencia C-355 pronunciada por la Corte Constitucional colombiana en 2006 constituyó un avance en el reconocimiento de los derechos de las mujeres, en tanto situó el problema del aborto desde una perspectiva que atendió a los derechos fundamentales de las gestantes, demostrando un esfuerzo judicial por analizar la controversia en clave de derechos humanos. A pesar de despenalizar el aborto en reducidas hipótesis, creo que el razonamiento que funda su decisión abre paso a un cuestionamiento más profundo del tratamiento penal del aborto, pues da cuenta de los límites del legislador en esta materia y a través del bloque de constitucionalidad asigna relevancia práctica al DIDH.

Por último, si efectuamos un análisis comparativo entre la sentencia colombiana y aquella analizada en el primer capítulo de esta tesis, pronunciada por el Tribunal Constitucional chileno sobre la constitucionalidad de la distribución de la píldora del día

después en el sistema público de salud en 2008, las diferencias son rotundas pues, la Corte Constitucional colombiana “(...) desplegó un ejercicio de ponderación en que se triangulan las fuentes constitucionales internas, los tratados internacionales y el principio de proporcionalidad. Así, la Corte Constitucional colombiana (en adelante la Corte) a diferencia del TC chileno, consideró que sí existen derechos de las mujeres involucrados, que el conflicto entre la protección del no nato y los derechos de las mujeres debe resolverse con aplicación del principio de proporcionalidad, y concluyó –sobre la base de ambos antecedentes– que la penalización absoluta del aborto implica una violación de este principio porque impone una carga desproporcionada para las mujeres en beneficio de la protección de los no natos.”<sup>196</sup>

## CONCLUSIONES

Previo a formular las conclusiones que se derivan de la presente tesis, creo necesario -en atención al tiempo transcurrido desde que comencé a escribir- situar en el contexto actual el tema abordado. Esto, debido a que considero relevante dar cuenta de que el debate en torno a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y personas gestantes, está en constante movimiento pues sólo en el segundo semestre del año 2020 han ocurrido al menos tres nuevos hitos relacionados al tema de este trabajo.

La atención mundial se volcó sobre Polonia tras masivas movilizaciones en las calles, detonadas por un fallo del 22 de Octubre de este año, pronunciado por el Tribunal Constitucional de aquel país, que declaró inconstitucional una de las causales de aborto legal -malformación fetal incompatible con la vida extrauterina-. Cabe precisar que Polonia

---

<sup>196</sup> SALAMANCA, Andrés Bordalí; AÑAZCO, Yanira Zúñiga. Análisis del fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después. *Anuario de Derechos Humanos*, 2009, P. 181.

se encuentra entre los pocos países europeos que mantienen normas restrictivas en torno al aborto, y por tanto, la nueva limitación judicial vino a agudizar dicha situación. A nivel latinoamericano, destaca la presentación de una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional de Colombia, dirigida a que dicha magistratura declare inconstitucional la normativa penal vigente que criminaliza la interrupción voluntaria del embarazo, cuando no se está dentro de alguna de las tres causales legalizadas el 2006; cabe resaltar que recientemente dicha acción fue declarada admisible, por lo que en los próximos meses se podrá conocer la decisión jurisdiccional. Finalmente, destaca la actual discusión legislativa en Argentina, a partir de la presentación de un nuevo proyecto de ley que busca la despenalización del aborto bajo un sistema mixto, es decir, que permitiría la IVE hasta la semana catorce y desde ese periodo de gestación en adelante bajo un sistema de causales. El proyecto fue aprobado en la Cámara de Diputados y aún esta pendiente la votación en la Cámara de Senadores.

Sin duda el debate en torno a la interrupción voluntaria del embarazo no está agotado, muy por el contrario, los sucesos presentados en el párrafo anterior dan cuenta de que se trata de un tema dinámico en que confluyen una serie de debates políticos y jurídicos, que esta tesis ha buscado abordar, principalmente, a través de la presentación y análisis de sentencias.

Tras (re) situar el tema en el contexto actual, pasaré a presentar las conclusiones de este trabajo.

El capítulo primero presenta un panorama en el cual los derechos de las mujeres no forman parte de las consideraciones que el Tribunal Constitucional chileno estimó pertinente tener a la vista, a la hora de resolver sobre la constitucionalidad de la distribución de la píldora del día después en el sistema público de salud. El razonamiento expuesto en la sentencia, a pesar de su extensión, da cuenta de un exiguo análisis, pues se enreda en intentar dilucidar desde cuando comienza la protección de la vida y el eventual efecto abortivo de la píldora, para finalmente estimar que la duda razonable sobre ello es suficiente para declarar la inconstitucionalidad del decreto supremo impugnado, pues en su opinión, la vida prenatal estaría protegida de forma absoluta por la Constitución de 1980. Además, la decisión del TC genera, a todas luces, un efecto gravemente discriminatorio, ya que lo que se prohibió fue la distribución gratuita en el sistema público de salud del referido método anticonceptivo, consideración que tampoco formó parte del razonamiento exhibido por el tribunal.

En el capítulo segundo es posible apreciar una discontinuidad respecto al razonamiento planteado en la sentencia de 2008, pues de lo contrario hubiera sido inimaginable el rechazo al primer capítulo del requerimiento de inconstitucionalidad

presentado -que impugnaba cada una de las tres causales de despenalización de aborto-. En efecto, el tribunal razona en base al reconocimiento constitucional de los derechos de las mujeres, además de situar la controversia en términos históricos, a nivel nacional e internacional. La sentencia fue bastante elocuente al momento de reflexionar sobre el impacto de la maternidad, planteando que las mujeres no pueden ser instrumentalizadas a fin de dar protección irrestricta a la vida prenatal. Sin embargo, el tratamiento dado a la objeción de conciencia vino a pulverizar los avances que la sentencia pudo haber implicado, pues dicho derecho se constituyó de forma tan flexible y amplia, que cubre incluso a las instituciones, lo que en términos prácticos, significa un acceso dificultoso al procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo en las causales despenalizadas, pues, por ejemplo, hasta el 2019 en la ciudad de Osorno el 100% de los médicos del Hospital Regional se declararon objetores de conciencia respecto a la causal de violación.

Cabe resaltar, en relación a la objeción de conciencia, que el Tribunal Constitucional ha reafirmado su postura flexibilizadora, pues en 2019 acogió un nuevo requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de senadores y diputados, quienes impugnaban el inciso segundo del artículo 13 contenido en el Decreto Supremo N° 67 que aprobó el reglamento para ejercer la objeción de conciencia. En consecuencia, es claro que los sectores conservadores han encontrado en la objeción de conciencia, un medio para impedir dar eficacia práctica al acceso al derecho al aborto en tres causales, y lamentablemente el Tribunal Constitucional lo ha legitimado.

De lo expuesto en el tercer capítulo es posible concluir que la utilización del Derecho Penal como herramienta primaria para proteger bienes jurídicos como la vida prenatal, contraviene el principio de última ratio, pues como ha señalado la jurisprudencia nacional, en específico el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre aborto en tres causales, es factible conseguir dicha protección a través de medios más eficaces y menos lesivos para los derechos de las mujeres. La criminalización del aborto consentido, sólo mira la protección de los derechos que -eventualmente- un sistema jurídico puede reconocer al no nacido, en desmedro absoluto de los derechos de mujeres y personas gestantes, a quienes el Estado obliga a mantener el estado de embarazo. Por último, cabe recordar el grito y consigna del movimiento feminista y de mujeres, que sintetiza una concepción de los derechos sexuales y reproductivos basada en el respeto de los derechos humanos, que plantea “educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar y aborto legal para no morir”, la pertinencia de dicha consigna, en mi opinión, está dada por una mirada integral de los factores que debemos considerar a la hora de abordar la cuestión del aborto, pues da cuenta de la importancia del acceso igualitario a una educación que permita el ejercicio libre y pleno de la sexualidad, a métodos de anticoncepción garantizados y por

último, de que el aborto es una realidad, cuya criminalización puede terminar en la muerte de miles de mujeres y personas gestantes.

El capítulo final da cuenta del proceso de legalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales en Colombia a través de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional de dicho país. Aparte de los razonamientos diferenciados, respecto a la sentencia analizada en capítulo segundo, resulta interesante resaltar que en el sistema jurídico colombiano fue admisible legalizar el aborto en tres causales, a través de un requerimiento de inconstitucionalidad que impugnó normas penales vigentes, y que dicha acción puede ser presentada por cualquier persona o grupo de ciudadanos/as. En relación a los aspectos de fondo observados en la sentencia colombiana, cabe distinguir algunos elementos en función de lo planteado por el Tribunal Constitucional chileno en 2017, por ejemplo el tratamiento diferenciado respecto al rol del Derecho Penal, pues en Chile se abordó desde la aplicación del principio de ultima ratio, mientras en Colombia se aproximaron al tema explicitando los límites constitucionales al legislador en materia penal como la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud, etc.

A modo de conclusión final, en el marco del proceso constitucional en curso, creo necesario insistir en un tema que ha cruzado toda la tesis, esto es, el reconocimiento de los derechos de las mujeres como punto de partida para abordar temas como la anticoncepción de emergencia y el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Aquel punto de partida, pareciera haberse conquistado desde la sentencia de 2017 del Tribunal Constitucional chileno, sin embargo como es posible apreciar, dicho reconocimiento no obstó a que el mismo tribunal permitiera que el derecho al aborto legal en tres causales esté sumamente limitado por la objeción de conciencia. La situación de las mujeres como sujetas de derecho aún es crítica en Chile, por lo que urge examinar todo el ordenamiento jurídico con una perspectiva de género que mire las diversas realidades que viven las mujeres, y desde ahí disputar la conquista de derechos tan mínimos como los sexuales y reproductivos, los que no pueden discutirse sin hablar de la necesidad de que se garantice -para todas las mujeres y personas gestantes- el derecho al aborto legal, libre, seguro y gratuito.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Doctrina

1. Marshall Barberán, Pablo, Zúñiga Añezco, Yanira, Accatino Scagliotti, Daniela., & Bordialí Salamanca, Andrés. (2008). Sentencia sobre inconstitucionalidad del decreto supremo nº 48 del Ministerio de Salud. *Revista de derecho (Valdivia)*, 155-170.
2. Zúñiga Anazco, Yanira. (2013). Una propuesta de análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista. *Ius et Praxis*, 19(1), 255-300
3. Zúñiga Fajuri, Alejandra. (2011). Aborto y derechos humanos. *Revista de derecho (Valdivia)*, 24, 163-177.
4. Casas Varez, M., & Cabezas, G. (2016). Los derechos sexuales y reproductivos desde la perspectiva de género en América Latina: entre el control y la autonomía.
5. Valenzuela Oyaneder, C., & Villavicencio Miranda, L. (2015). La constitucionalización

- de los derechos sexuales y reproductivos: Hacia una igual ciudadanía para las mujeres. *Ius et Praxis*, 21, 271-314.
6. Bascuñan Rodríguez, Antonio. "La ilicitud del aborto consentido en el derecho chileno." *Derecho y Humanidades* (2004).
  7. Echenique, T. V. (2013). La CEDAW y el Estado de Chile: viejas y nuevas deudas con la igualdad de género. *Anuario de derechos humanos*, pág-17.
  8. O'Neil, C. A. (2018). Muerte o cárcel. Persecución y sanción por aborto.
  9. Bascuñan Rodríguez, Antonio. "La píldora del día después ante la jurisprudencia." *Estudios Públicos* 95 (2004)
  10. Nicholls, L., & Cuestas, F. (2018). Penalización del aborto: violencia política y abusos de la memoria en Chile. *Saúde e Sociedade*, 27, 367-380.
  11. Wilenmann, Javier. "El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto." *Revista de derecho (Valparaíso)* 40 (2013): 281-319.
  12. Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la sentencia C-355 de la Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos humanos (2007).
  13. Bergallo, P., & Michel, A. R. La constitucionalización del aborto y sus encuadres en las altas cortes de América Latina. *La reproducción en cuestión: investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto*. P. 6.
  14. MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Cecilia. Manual de derecho penal chileno: parte especial. 2017.
  15. Mattar, L. D. (2008). Reconocimiento jurídico de los derechos sexuales: un análisis comparativo con los derechos reproductivos. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, 5(8), 60-83
  16. Zuñiga Añazco, Yanira (2018). Comentario relativo a la sentencia del TC sobre la ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en tres causales. *Anuario de Derecho Público*
  17. GARRIDO M, Mario. Derecho penal. Parte especial, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002. .
  18. BUSTOS, Juan; GRISOLÍA, Francisco; POLITOFF, Sergio. Derecho Penal Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

#### Tratados Internacionales

1. ONU: Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 Noviembre 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, p. 3, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/50ac92492.html>
2. ONU: Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación

contra la mujer, 1 Marzo de 2007, CEDAW/C/PAK/Q/3/Add.1, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org.es/docid/4ef994922.html>

3. ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 Diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 993, p. 3, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org.es/docid/4c0f50bc2.html>
4. ONU: Asamblea General, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, 10 Diciembre 1984, United Nations, Treaty Series, vol. 1465, p. 85, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org.es/docid/50acc1d52.html>
5. OEA: Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), disponible en esta dirección: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/BelemDoPara-ESPANOL.pdf>

#### Jurisprudencia Nacional

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Rol 740-07 de 18 de abril de 2008
2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Rol 3729 de 28 de agosto de 2017

#### Jurisprudencia Internacional

1. Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-355/06*, 10 de mayo de 2006.
2. Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros Vs Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012.







