

# EL PROYECTO DE LEY DE ABORTO Y LOS DERECHOS HUMANOS DEL CONCEBIDO NO NACIDO

*Hernán Corral Talciani*<sup>1</sup>

## Resumen

El trabajo se propone discutir si el proyecto de ley titulado de “despenalización de la interrupción del embarazo en tres causales”, en la versión aprobada por la Cámara de Diputados en marzo de 2016, puede ser considerado suficientemente respetuoso de los derechos humanos de la criatura concebida pero aún no nacida, en particular de su derecho a la vida, a la integridad y a la no discriminación por motivo de discapacidad. El análisis se hace desde el principio de universalismo que inspira todo el sistema de derechos humanos, en virtud del cual tales derechos, no son concesiones del Estado, sino atributos que deben ser reconocidos a todos los individuos de la especie humana por el solo hecho de ser tales. Se argumenta que el objeto real del proyecto no es una auténtica despenalización sino la consagración de un “derecho a abortar” en tres causales, aclarado lo cual no parece haber fundamentos jurídicos para evitar un juicio negativo en lo que se refiere a la conculcación de los derechos humanos, y por lo mismo, constitucionales, de la criatura que está por nacer.

**Palabras claves:** aborto - despenalización - derechos humanos

## 1. Exposición del recorrido de la iniciativa

El 31 de enero de 2015, la Presidenta Michelle Bachelet presentó un mensaje a la Cámara de Diputados cuyo título es: “Proyecto de ley que regula la

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Civil de la Universidad de los Andes.

despenalización de la interrupción del embarazo en tres causales” (Boletín N° 9895-II). El proyecto fue discutido en la Comisión de Salud (Informe de 15 de septiembre de 2015) y luego en la de Constitución, Legislación y Justicia (Informe de 11 de marzo de 2016). Producto de las observaciones surgidas por el debate, el Poder Ejecutivo realizó tres indicaciones (1° de septiembre de 2015, 1° de marzo de 2016 y 15 de marzo de 2016). Como por la segunda de las indicaciones se incluyó un gasto público, el proyecto, en esta parte, fue estudiado por la Comisión de Hacienda, la que emitió su informe el 15 de marzo de 2016. Los días 16 y 17 de marzo de 2016 se discute el proyecto en la Sala de la Cámara, siendo aprobado a la vez en general y en particular. Cuando se escribe este comentario el proyecto se encuentra en su segundo trámite legislativo, para ser analizado por las Comisiones de Salud, Constitución y Hacienda del Senado.

En principio, la iniciativa legal no varió en sus contenidos medulares por la discusión parlamentaria. Se mantuvo la idea de autorizar el aborto en las tres causales propuestas originalmente: peligro de vida de la madre, inviabilidad del feto y violación, pero se afinaron algunos aspectos. Así, la primera causal queda redactada de la siguiente manera: si la mujer se encuentra “en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida”. La segunda aparece ahora en los términos siguientes: “El embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética de carácter letal”, a lo que se agrega un deber del prestador de salud de proporcionar cuidados paliativos en caso de que el niño sobreviva a la interrupción del embarazo. Respecto de la causal de violación, se reafirma que la constatación de la violación será realizada por un equipo médico, pero se establece el deber de denunciar el hecho en el caso de menores de 18 años o de poner en conocimiento de este delito al Ministerio Público.

El proyecto agrega como novedades, respecto del mensaje original, la forma en que debe obtenerse el consentimiento de la mujer que padece de alguna incapacidad, y llega a proponer que estando interdicta en caso de demencia, el aborto debe ser autorizado por su representante legal (curador), teniendo en consideración su opinión en la medida en que ello sea posible.

Además, el proyecto establece que se ofrecerá a la mujer un acompañamiento, que incluirá tanto acciones de acogida como de apoyo biosicosocial, que se realizará tanto antes como después del parto o de la interrupción del embarazo, según la opción escogida. Igualmente se penaliza la conducta de facilitar o proporcionar cualquier órgano, tejido o fluido humano proveniente de un aborto o interrupción del embarazo.

Este trabajo se centra en la versión actual del proyecto de ley y se propone determinar si una iniciativa legal con tal contenido puede ser considerada respetuosa de los derechos humanos, y, por lo tanto, conforme a la Constitución y a los tratados internacionales sobre dicha materia, ratificados por Chile y vigentes en nuestro país.<sup>2</sup>

Pensamos que un análisis riguroso de esta cuestión se debe iniciar con la precisión de ciertos elementos básicos para impedir que el debate se transforme en un diálogo de sordos debido a que los interlocutores están partiendo de supuestos diferentes. De esta forma, empezamos por determinar de qué estamos hablando cuando nos referimos a un aborto o una interrupción del embarazo, qué alcance debe darse a lo que se señala como una mera “despenalización”, qué vamos a entender, por convención, por la expresión “embrión humano” y qué relevancia tiene el reconocimiento de la subjetividad de la criatura humana en gestación.

## 2. Algunas aclaraciones previas

### 2.1. ¿En qué consiste la conducta que llamamos “aborto” o “interrupción del embarazo”?

El proyecto de ley desde su mismo título se refiere a la conducta que pretende autorizar con la denominación de “interrupción del embarazo”. Sin embargo, se observa que con ella no hace sino designar lo que en el Código Penal recibe el nombre de aborto. Esto se comprueba al leer el inciso final que se propone añadir a los actuales artículos 344 y 345 de dicho Código: “No constituye delito de aborto la interrupción voluntaria del embarazo en los casos autorizados en el artículo 119 del Código Sanitario”.

En realidad, la interrupción del embarazo no es sino una consecuencia de la conducta abortiva. Es cierto que la gestación se interrumpe sin posibilidad de reanudarse, pero a causa de que se ha destruido (abortado) la criatura que se encontraba en dicho proceso.

Ahora bien, el aborto puede darse por causas naturales, en ese caso se suele hablar de aborto espontáneo, o como resultado de conductas humanas, y entonces se habla de aborto provocado o inducido. A su vez, el aborto

---

<sup>2</sup> Nos hemos aprovechado de otros escritos nuestros, especialmente de “El embrión humano: consideraciones sobre su estatus jurídico a propósito del proyecto de ‘despenalización’ del aborto”, en Aguirrezabal, Maite y Bertelsen, Soledad (ed.) *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N°27, (U. de los Andes), 2015, pp. 107-143.

provocado puede hacerse con o sin el consentimiento de la madre. Se habla así de aborto consentido y de aborto no consentido.

El proyecto de ley se refiere claramente al aborto provocado o inducido consentido por la mujer embarazada. Solo en un caso, no por excepcional menos preocupante, se comprende la posibilidad de un aborto provocado no consentido (caso de la mujer interdicta por demencia).

Debemos inquirir aún más: ¿en qué consiste en la práctica un aborto provocado o inducido? De la literatura médica disponible, es posible describir brevemente, y con el ánimo de clarificar el supuesto de hecho sobre el que se debate, las principales técnicas utilizadas para realizar un aborto, ocupadas en los países en los que dicho procedimiento está autorizado legalmente.

Dichos métodos varían según el tiempo de gestación que lleva la criatura en el seno materno. En las primeras semanas se suele recomendar el uso de sustancias químicas que induzcan la expulsión de la criatura del seno materno lo que, dado su escaso grado de desarrollo, le provocará la muerte. La administración de prostaglandinas y sustancias como misoprostol, mifepristone (píldora RU-486) y methotrexate son consideradas una fórmula para obtener un aborto sin mayores complicaciones.

Cuando la administración de fármacos es desechada, la técnica preferida en los primeros tiempos del embarazo es la de aspiración o succión (*vacuum aspiration* o *suction termination*), que comienza con la dilatación del cuello del útero, para luego introducir una especie de tubo que está conectado a un aspirador que al funcionar destroza el cuerpo del no nacido succionando sus restos hacia el exterior. Si la cabeza es muy grande para pasar por el tubo, debe ser luego extraída por fórceps. La succión puede hacerse mediante una bomba aspirativa eléctrica o una bomba aspirativa manual.

Una segunda forma de aborto, utilizada cuando la criatura ya es demasiado grande para que pueda aplicarse sin riesgos la succión, es la que se denomina dilatación y curetaje, *dilation and curettage* (D y C). Consiste en introducir en el útero, después de su dilatación, un instrumento metálico llamado cureta (también, legra) que cuenta con filos y con una punta en forma de cuchara, con el cual se procede a destruir el cuerpo del embrión o feto y raspar los demás tejidos propios del embarazo, y luego a extraerlos de la matriz.

Un tercer método es el llamado dilatación y evacuación, *dilation and evacuation* (D y E), recomendado para casos de embarazos ya avanzados. Primero se introduce una sustancia para obtener la mayor dilatación del útero y luego se introducen fórceps (especie de pinzas o tenazas inventadas originalmente

para facilitar el parto), con los cuales se desmiembra el cuerpo del feto y se van retirado los pedazos resultantes. La cabeza, por su tamaño, debe ser comprimida para poder retirarla.

Un cuarto método consiste en extraer el líquido amniótico para inyectar en su lugar una solución salina altamente concentrada. La solución quema la piel de la criatura y termina por envenenarla, produciéndose un parto prematuro que tendrá por resultado un niño ya muerto o en estado agónico.

Finalmente, en casos de embarazos muy avanzados se practica el método *Intact Dilation and Extraction* (IDX), por el cual, ayudado por ecografías, el que practica el aborto por medio de fórceps atrapa los pies de la criatura y tira de ellos extrayéndola pero solo hasta que quede a la vista la parte inferior de la cabeza. Luego, se realiza un agujero en el cráneo y se succiona el cerebro. Reducida así la cabeza termina por extraerse por completo el cuerpo del no nacido. Este aborto es también llamado aborto por nacimiento parcial: de la expresión en inglés *partial-birth abortion*.

Finalmente, el aborto puede practicarse a través de una histerotomía, *Hysterotomy abortion*, que consiste en una intervención quirúrgica similar a una cesárea, aunque con una incisión de menor tamaño, por la cual se abre el útero y se extrae el cuerpo del no nacido, provocándole la muerte.

## 2.2. ¿Se limita el proyecto al “aborto terapéutico”?

Se ha señalado que lo que pretende el proyecto no es más que retornar a la situación anterior a la reforma del artículo 109 del Código Sanitario por la Ley N°18.826, de 15 de septiembre de 1989, en la que se regulaba la posibilidad de efectuar un aborto terapéutico. De este modo, lo único que pretendería la iniciativa legal sería reconocer causales de esta forma de aborto. Pero esto es incorrecto, porque el aborto terapéutico solo podría reconocerse, de acuerdo a ese Código, en la primera causal, es decir, peligro de vida de la madre, y no en las dos siguientes. Recuérdese que, según la RAE, terapia –de donde deriva el concepto “terapéutico– es el “conjunto de prácticas y conocimientos encaminados al tratamiento de dolencias” (acepción 2ª Diccionario de la Real Academia de la Lengua).

Por tanto, el proyecto no se propone retrotraer nuestra legislación al estado anterior a la Ley N°18.826, sino ampliar la posibilidad del aborto añadiendo dos nuevas formas: el aborto eugenésico (eliminación del embrión o feto inviable) y el aborto criminológico (eliminación del embrión o feto concebido como producto de una violación).

Es erróneo calificar de terapéutico el aborto eugenésico porque la inviabilidad del embrión o feto para la vida extrauterina usualmente no representa ningún peligro para la vida o la salud de la madre. Otra cosa es que resulte profundamente doloroso para la mujer la experiencia de gestar un niño que se va a morir una vez nacido. Pero dolor o sufrimiento moral no es sinónimo de patología, ni siquiera de carácter síquico.

La intención del aborto terapéutico es eliminar la causa del daño de la salud de la madre y “en ningún caso es matar al producto de la concepción sea este humano o no humano...”<sup>3</sup>

### 2.3. Aborto terapéutico: directo e indirecto

Como formas de aborto terapéutico pueden distinguirse el aborto directo y el aborto indirecto. Por el aborto terapéutico directo, con el fin de salvar la vida de la madre, se realizan algunas de las técnicas ya señaladas que tienen por objeto directo la privación de la vida del concebido y su extracción de la matriz materna. En este caso el aborto es el medio a través del cual se busca el fin de salvar la vida de la madre.

No sucede así con el llamado aborto indirecto, en virtud del cual la acción terapéutica tiene por objeto la recuperación de la salud de la madre y el aborto, esto es, la muerte del feto se produce como una consecuencia o efecto no deseado, aunque previsible. Por ejemplo, si se debe aplicar quimioterapia a la madre afectada por el cáncer, lo que puede provocar la muerte del niño en gestación. En caso de que así suceda, se habrá tratado de un aborto terapéutico, pero indirecto, porque la muerte del feto no fue intentada como fin o como medio para el logro del fin de salvar a la madre.<sup>4</sup>

3 Valenzuela, Carlos, “Aborto terapéutico y ética científica”, en *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*, Vol.76, N°5, 2011, pp. 285-289. Proporcionamos la cita completa: “Una confusión ampliamente presente en muchos ambientes es entre aborto eugenésico y aborto terapéutico. Aborto eugenésico es la interrupción del embarazo con la intención de matar al embrión o feto, dado que presenta una anomalía genética valorada negativamente por la madre o las personas que pueden tomar esa decisión. Esto se realiza en muchos países del mundo ante el diagnóstico de síndrome de Down, talasemia, u otras anomalías cromosómicas o génicas puntuales del embrión o feto que puede realizarse durante la vida intrauterina. Nada tiene que ver el aborto terapéutico con el aborto eugenésico. El llamado aborto terapéutico es la interrupción del embarazo en un estado de inviabilidad del feto o embrión, dado que este embarazo está causando un deterioro grave de la salud de la madre, le puede causar daños severos e irreversibles que pueden producirle la muerte. La intención del aborto terapéutico es eliminar la causa del daño de la salud de la madre y, en ningún caso es matar al producto de la concepción sea este humano o no humano”.

4 Sobre esta forma de aborto y la aplicación del principio moral sobre acciones con doble efecto, véase Miranda, Alejandro, “¿Qué es el aborto indirecto? La prohibición del aborto y el principio del doble efecto”, en *Acta Bioethica*, Vol. 20, N°2, 2014, p. 11.

Hay unánime consenso en que el aborto terapéutico indirecto no solo no está penalizado en Chile, sino que está expresamente autorizado, es decir, es lícito. El artículo 119 del Código Sanitario vigente lo permite con claridad, ya que solo prohíbe la acción “cuyo fin sea provocar un aborto”. Si el fin es otro, y el aborto se produce como efecto colateral no deseado, estaremos ante un aborto terapéutico admitido en nuestra legislación.<sup>5</sup>

Por ello no es exacto el argumento de que Chile es uno de los seis países en el mundo que prohíbe todo tipo de aborto. Hay por los menos 60 países que solo permiten el aborto terapéutico, y dentro de ellos puede incluirse a nuestro país, en la medida en que autoriza un aborto terapéutico indirecto.

De esto se deduce igualmente que la causal N° 1 del proyecto va más allá del aborto terapéutico indirecto, ya que su texto permitiría deducir que también estaría autorizado el aborto terapéutico directo, es decir, la causación de la muerte del feto con la intención de que con ello se libre a la madre de un riesgo vital.

#### 2.4. ¿Despenalización?

Según el proyecto, su alcance sería restringido: se trataría nada más que de “despenalizar”. A nuestro juicio, tanto el Mensaje como el texto legal que se propone, dan cuenta de que no se trata de una mera despenalización, sino de una legalización y más aún de una legitimación institucional del aborto como un derecho de la mujer embarazada a una prestación médica que deberá otorgársele si la pide.

Ante conductas que están tipificadas como delito, un legislador que quiera innovar tiene tres alternativas: la despenalización, la legalización y lo que llamaremos legitimación. Se despenaliza una conducta cuando se suprime su tipificación como delito penal, pero ella continúa siendo antijurídica o contraria al ordenamiento jurídico. Es lo que sucedió con el adulterio y el amancebamiento que fueron considerados delitos penales hasta que la Ley N°19.335, de 1994, derogó las normas del Código Penal que los sancionaban. La infidelidad matrimonial ya no fue punible penalmente pero siguió siendo ilícita como una “infracción grave” a los deberes del matrimonio (artículo 132 del Código Civil). El adulterio ya no tiene sanciones penales pero sí consecuencias de carácter civil, como la separación judicial, el divorcio y la indemnización de perjuicios. También puede ponerse como ejemplo de

5 Así lo señala Bascuñán, Antonio, “La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”, en Revista de Derecho y Humanidades, N° 10, 2004, p. 167.

despenalización, la supresión de los delitos contra la libre competencia realizada por la Ley N°19.911, de 2003, que sustituyó las sanciones penales por multas administrativas.

La legalización va un poco más lejos que la despenalización, porque al excluir de las leyes penales una determinada conducta ya no se la considera ilícita o contraria al ordenamiento jurídico, sino que se la estima permitida o autorizada sin que procedan sanciones penales ni tampoco administrativas o civiles. Como ejemplo puede darse la supresión del delito de sodomía, esto es, las relaciones sexuales consentidas entre personas mayores del mismo sexo, realizada por la Ley N°19.617, de 1999. La conducta no solo ya no es punible sino que es considerada legalmente permitida.

En un tercer grado, el legislador no solo despenaliza la conducta (le quita la sanción penal), ni la legaliza (permite que se realice) sino que la legitima al consagrar su realización como un derecho individual. En este caso, lo que pasa a ser antijurídico o ilícito es privar o perturbar el ejercicio de la conducta, porque se estará lesionando un derecho tutelado por el ordenamiento jurídico. La forma de ejercer el derecho puede ser diversa, pero si exige la prestación de otros, podrá ser provista por los privados o, en subsidio, por el Estado.

¿Cuál de estas tres alternativas es la elegida por el proyecto de ley que regula el aborto: despenalización, legalización o legitimación? Si se lee el Mensaje uno diría que se opta por la legitimación: el aborto no se despenalizaría ni se legalizaría, sino que se convertiría en un derecho de la mujer. Así se deduce de frases como “*los derechos* de las mujeres están en el *centro* de esta propuesta”; “la interrupción del embarazo, que el proyecto propone despenalizar en los tres casos indicados, *debe consagrarse como una legítima prestación de salud*”. Si no se asegurara el que las mujeres puedan recurrir a establecimientos de salud, esta regulación será irrelevante”; “lo que se persigue es *asegurar* que la mujer cuente con toda la información que le permita tomar una *decisión libre*” (énfasis añadidos).

Sin embargo, si se examina el texto del proyecto vemos que prevalece la primera alternativa; es decir, la despenalización. Por de pronto, el proyecto lleva por título “Proyecto de Ley que regula la *despenalización* de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”. Luego el núcleo de la propuesta, el nuevo artículo 119 del Código Sanitario señala que “mediando la voluntad de la mujer, un(a) médico(a) cirujano(a) *se encuentra autorizado(a)* para interrumpir el embarazo” cuando concurren las tres causales. Como se ve, lo que la ley ahora haría no sería otorgar un derecho ni a la mujer ni al médico, sino



cuando más les permitiría –están “autorizados” para– perpetrar un aborto. Esto resulta confirmado con el inciso que se añade a los artículos 344 y 345 del Código Penal: “No constituye delito de aborto la interrupción voluntaria del embarazo en los casos autorizados en el artículo 119 del Código Sanitario”. Viendo esta parte, se podría llegar a la conclusión de que el proyecto de ley opera en el ámbito de la despenalización o, a lo más, en el de la legalización de la conducta tanto del médico que practica el aborto como de la mujer que consiente en su realización.

Pero si esta fuera la opción legislativa, no correspondería que ningún médico, cualquiera sea la institución en la que atienda, esté obligado a practicar un aborto aunque lo requiera la mujer y se encuentre en las causales definidas por el texto legal. El proyecto solo autorizaría, no consideraría punible, permitiría una conducta, pero no la impondría. Para que los médicos, al menos los que laboran en servicios públicos, estuvieran obligados a realizar un aborto, habría que haber declarado que la mujer embarazada tenía derecho a requerir la interrupción del embarazo por muerte del feto.

Lo que termina por disipar las dudas sobre el propósito real de la iniciativa es la disposición que se propone como nuevo artículo 119 ter del Código Sanitario, que señala que el médico “que sea requerido” para hacer un aborto podrá abstenerse de hacerlo si hubiere manifestado su objeción de conciencia. Si lo pretendido hubiera sido solo la despenalización o legalización de la conducta, no habría obligación para ningún médico de practicar un aborto, por lo que no necesitaría alegar objeción de conciencia para negarse a realizar la conducta. Tampoco resultaría comprensible que el precepto imponga al “objeto” la obligación de informar al Director del establecimiento que la mujer debe ser derivada y, menos aún, que se lo obligue a practicar el aborto cuando la mujer requiera atención médica inmediata e impostergradable si no existe otro médico que pueda realizar “la intervención”. Un médico en circunstancias de urgencia estará obligado a prestar atención sanitaria a la mujer para resguardar su vida, pudiendo tolerar la muerte del feto como un efecto colateral y no deseado del tratamiento, pero no a provocar un aborto que consiste en una conducta que tiene por fin provocar la muerte del ser en gestación.

Esta última disposición revela que el objetivo del proyecto, tal como fue presentado, no es ni despenalizar ni legalizar el aborto, sino legitimarlo e institucionalizarlo como un derecho de la mujer exigible frente a los servicios de salud. Esto no tiene que ver con los requisitos, más amplios o estrechos, en los que se admita el ejercicio del derecho. El proyecto enfatiza en el título que

se refiere solo a “tres causales”, que, según su texto, son peligro para la vida de la madre, inviabilidad del feto y violación. Pero esto únicamente significa que la legitimación del aborto estará circunscrita a los específicos supuestos que establecería la ley, es decir, que la mujer tendrá derecho a pedir que se le practique un aborto en la medida en que se verifiquen las condiciones exigidas por el texto legal.

## **2.5. Prevención sobre el uso de la expresión “embrión humano”**

En lo que sigue, usaremos la expresión “embrión humano” de un modo genérico para evitar tener que distinguir según las diversas etapas del desarrollo intrauterino: cigoto, embrión (primeras ocho semanas), feto (desde las ocho semanas hasta la semana 38° o 40° en que se producirá el parto). De esta manera, hablamos de embrión humano para referirnos a la criatura de la especie humana desde la fecundación del óvulo por el espermio hasta su alumbramiento por medio del parto, natural o quirúrgico.

## **2.6. Relevancia de determinar si el embrión humano es titular de derechos humanos**

Se comprende fácilmente que la discusión sobre la legalización del aborto es totalmente diferente si se asume que el embrión humano es titular de derechos humanos, lo que modernamente designamos con el término jurídico de “persona”, y especialmente del derecho a la vida (aunque también del derecho a la salud o a la inviolabilidad genética), a si se considera que dicha calidad solo se obtiene después del nacimiento, o en alguna fase tardía del desarrollo prenatal. Hay ilustres autores, partidarios de la autorización del aborto, como Ronald Dworkin, que reconocen que si el feto fuera una persona “constitucional” se acabaría la discusión, porque debería ser protegido igual que las demás personas.<sup>6</sup>

No debe extrañar, en consecuencia, que las principales sentencias que han examinado la constitucionalidad del aborto y que han admitido su legalización, partan por rechazar que el embrión humano pueda tener el mismo estatus jurídico que las personas ya nacidas. Existen posiciones extremas como

---

<sup>6</sup> Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, (Editorial Ariel) 1994, p.146, traducción de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, refiriéndose a la sentencia de Roe vs. Wade y su determinación de que el feto no es persona en el sentido constitucional: “Si hubiera decidido que el feto es, por así decir, una persona ‘constitucional’ se habría puesto término a la discusión: la propia Constitución establece que los estados deben proteger por igual a todas las personas constitucionales”.

las que señalan que un embrión humano no se diferencia de un embrión de otra especie animal, hasta los que piensan que se trata de vida humana, aunque no personalizada, que debe ser protegida como un cierto bien valioso.

Hay variados fundamentos sobre la necesidad de protección de la vida del embrión. Según algunas opiniones el embrión es protegido en razón del interés de la mujer embarazada. Para otros el embrión es protegido sobre la base de un interés de la comunidad o del Estado, en cuanto vida humana o potencia de vida humana, la que puede variar según las etapas de desarrollo siendo menos intensa al comienzo e incrementándose gradualmente hasta llegar a la plena protección después del nacimiento, en cuanto sujeto o titular de derechos.

Nos parece que, reducido el embrión humano, a la categoría jurídica de cosa, aunque sea muy valiosa y merecedora de intereses de protección (como puede ser un inmueble monumento nacional, un órgano humano para trasplante, una gran obra de arte o de importancia histórica), la posible ponderación entre intereses en conflicto vendrá fácilmente resuelta en favor de los derechos de la madre (persona) y en perjuicio del embrión (cosa). Por ello, los sistemas de indicaciones o causales se han ido desplazando hacia sistemas de plazos, porque si el embrión no es más que un “bien” (cosa) el derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo y no tolerar el embarazo no tiene por qué tener solo vigencia en ciertas causales predeterminados por el legislador sin tener en cuenta la autonomía o libertad de la interesada en abortar.

La cuestión del estatus jurídico del embrión humano resulta insoslayable en el debate sobre el aborto. No es admisible, por tanto, pretender que lo que debe hacer el legislador es no tomar partido en esta discusión, con raíces morales o religiosas, de modo que el Estado debería mantenerse neutral sin que consagre una concepción moral por sobre otra. Esta neutralidad se lograría dejando un espacio para que sea la misma madre la que, según sus convicciones éticas y personales, decida si debe abortar o no. Como ha puesto de relieve Michael Sandel, esto no es más que una apariencia de neutralidad, ya que al dejar la decisión sobre la vida del embrión humano en manos de terceros se está ya optando por la teoría moral que sostiene que esta criatura no tiene la dignidad ni los derechos que se reconocen a las personas nacidas.<sup>7</sup>

7 Sandel, Michael, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, (Editorial Debate) 2011, p. 285, traducción Juan Pedro Campos Gómez.

### 3. El embrión humano como titular de derechos humanos

#### 3.1. El principio de universalidad de los derechos humanos

En ocasiones se critica la expresión “derechos humanos” porque se trataría de un pleonasma jurídico, ya que, al menos en nuestros sistemas, solo se reconocen derechos a los seres humanos (no a los animales o a las cosas inanimadas), de modo que bastaría con decir derechos. Por ello algunos prefieren expresiones alternativas como derechos fundamentales o derechos esenciales de las personas, etc. Sin embargo, la denominación “derechos humanos” ha mantenido vigencia a pesar de estas críticas y pensamos que una de las razones para ello es que dicha expresión refleja una de las características primarias de la teoría general del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que consiste en la afirmación de la “universalidad” de estos derechos. El llamado principio de universalidad viene afirmado incluso en el título de ese instrumento internacional fundacional, denominado justamente “Declaración *Universal* de Derechos Humanos”, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 (énfasis añadido). Se trata por tanto de derechos que, a diferencia de otros que son conferidos según ciertas circunstancias a algunos individuos y no a otros, provienen de una sola pertenencia: la de la especie humana. Lo dice el preámbulo de la Declaración: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. La declaración pretende procurar que tanto individuos como instituciones promuevan “el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación *universales* y efectivos” (énfasis añadido). Estas declaraciones de universalidad aparecen en todo el articulado con expresiones como “toda persona”, “todo individuo”, “todo ser humano”, “todos” o a la inversa “nadie”. Su artículo 1º contiene la siguiente norma: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”. Basta, por tanto, con tener la condición de ser humano para ser considerado titular de derechos humanos. Esto se reafirma con lo que se dispone en el artículo 2º: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Nótese que ninguna condición o característica, por ejemplo, la edad o el grado de desarrollo, el origen de su concepción, o

el estado de salud, pueden ser esgrimidas para privarle a un individuo que tiene la calidad de ser humano la titularidad de los derechos humanos. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, reitera lo señalado en el artículo 2° de la Declaración Universal y para mayor claridad añade dos disposiciones que tienen por objeto evitar que, por el uso de la dogmática tradicional patrimonialista del Derecho Civil, se reserve el término “persona” únicamente a ciertos seres humanos que sean considerados capaces para adquirir derechos patrimoniales. Por ello, se dispone que para los efectos de la Convención “persona es todo ser humano” (artículo 1.2), así como que “toda persona [ser humano] tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (artículo 3). La personalidad jurídica en este sentido es la capacidad para ser titular de derechos humanos.

El principio de universalidad es hoy en día una doctrina común y sólidamente asentada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así puede verse en el tratado de Antônio A. Cançado Trindale, que dedica un capítulo a la materia, en el que sostiene que una de las premisas básicas de la Declaración Universal de 1948 fue que “los derechos humanos fueron claramente concebidos como inherentes a la persona humana (de ese modo anteriores y superiores al Estado y a toda forma de organización política), a todos los seres humanos...”<sup>8</sup>

La aplicación del principio de universalidad de los derechos humanos debería bastar para llegar a la conclusión de que, en tanto que el embrión humano es biológicamente un individuo de la especie humana, es decir, un ser humano, sea que se le califique o no de persona, es titular de derechos humanos, y entre ellos, por cierto, el más fundamental de todos que es el derecho a que los demás respeten su vida.

Esta conclusión es reafirmada por el estudio de textos internacionales, constitucionales y legales, que pasamos a examinar.

### **3.2. El embrión humano en los tratados internacionales de Derechos Humanos**

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), después de reafirmar el principio de universalidad de los Derechos Humanos (artículo 2), dispone: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana” (artículo 6.1). La expresión “persona humana” claramente alude a todo individuo de la especie humana, para así distinguirla de las personas jurídicas.

<sup>8</sup> Cançado, Antônio, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, (Editorial Jurídica de Chile) 2ª edición, 2006, p. 63.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), después de afirmar el principio de universalidad (artículos 1.2 y 3), al referirse al derecho a la vida es explícita en proclamar que ese derecho le corresponde también al embrión humano desde el mismo momento de su concepción: “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” (artículo 4.1).

Cabe citar también en este sentido la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), instrumento que declara enfáticamente que, para sus efectos, se “entiende por niño *todo ser humano* menor de dieciocho años de edad...” (artículo 1) (énfasis añadido). Esta definición comprende al embrión humano ya que, según el preámbulo de la misma Convención, “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, *tanto antes como después del nacimiento*” (énfasis añadido). No hay, pues, incorrección jurídica alguna para referirse al embrión ya concebido con la palabra “niño”, pues esa calificación le es dada por este importante tratado internacional. Aun así, como se ha indicado, para evitar que se nos acuse de manipular los términos del debate con una denominación que puede significar una petición de principio, usamos en este trabajo la expresión más neutra de “embrión humano”.

La Convención de Derechos del Niño dispone que “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida” (artículo 6.1). Debe notarse que se trata de un derecho “intrínseco” que debe reconocerse a “todo” niño, ya sea nacido o no nacido, es decir, sin discriminación por “el nacimiento o cualquier otra condición” (artículo 2.1). Es más, como es sabido, la Convención instala el principio del bien superior del niño, de modo que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (artículo 3). Se advertirá que este principio deben tenerlo presente también los órganos legislativos a la hora de aprobar normas legales.

Por todo lo señalado parece fuera de duda que en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el embrión humano, desde el origen de su vida (fecundación del óvulo por el espermio), goza de la calidad y estatus jurídico de titular de derechos humanos, y como tal es acreedor de la protección integral del ordenamiento jurídico y de los órganos del Estado. Más aún, en cuanto infante no nacido debe ser beneficiado por el principio del interés superior del niño.

### 3.3. La sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Artavia Murillo*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se sintió en la necesidad de pronunciarse sobre el estatus jurídico del embrión humano en el caso conocido abreviadamente como *Artavia Murillo*.<sup>9</sup> La cuestión que enfrentó la Corte fue la de establecer si Costa Rica al prohibir legalmente la fecundación *in vitro* había vulnerado la Convención Americana de Derechos Humanos en contra de varias parejas heterosexuales que querían recurrir a dicha técnica para obtener descendencia. La Corte Suprema de ese país había confirmado la constitucionalidad de dicha prohibición legal considerando el derecho a la vida y la dignidad de los seres humanos concebidos, consagrado, entre otras normas, en el artículo 4.1 de dicha Convención.

La Corte Interamericana falló a favor de la demanda y en contra del Estado, para lo cual realiza una interpretación “evolutiva” del artículo 4.1 de la Convención que consagra la protección del derecho a la vida “en general, a partir de la concepción”. Comienza por entender que la palabra “concepción” debe ser entendida no como fecundación sino como “implantación” del embrión.<sup>10</sup> Uno podría esperar que se reconociera la personalidad del embrión entonces desde dicho momento, pero tampoco: según la Corte la protección de la vida del concebido (implantado) no se exige en interés de éste último sino en interés de la mujer embarazada.<sup>11</sup>

En abierta contradicción, más adelante admite que el embrión tiene derecho, o al menos un interés, a la vida, aunque no sea persona, y que ella merece una protección, pero que sería “gradual o incremental”, y que ello se deduciría de la expresión “en general” empleada por el artículo 4.1. Dice textualmente el fallo: “la Corte concluye que el objeto y fin de la cláusula ‘en general’ del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos”.<sup>12</sup> Después de descartar que haya protección absoluta –con lo que implícitamente admite que debe existir una protección aunque sea relativa–, señala: “... es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del

9 Corte IDH, *caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) contra Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012, en adelante “sentencia *caso Artavia Murillo*”.

10 Sentencia *caso Artavia Murillo* cit., N° 187.

11 Sentencia *caso Artavia Murillo* cit., N° 222.

12 Sentencia *caso Artavia Murillo* cit., N° 263

derecho a la vida con arreglo a dicha disposición [art. 4.1] no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”.<sup>13</sup> En otro lugar de la sentencia, la Corte llega a calificar de “principio” a esta curiosa “protección gradual e incremental”: sostiene que la práctica generalizada de la fecundación *in vitro* “está asociada al principio de protección gradual e incremental –y no absoluta– de la vida prenatal”.<sup>14</sup>

Los argumentos de la Corte para sostener esta protección gradual e incremental de la vida prenatal más que débiles son inexistentes. Más bien, parece encontrar así una fórmula retórica para negar que reciba una protección absoluta, lo que, según parece temer la Corte, impediría la práctica de la fecundación *in vitro*. Pero si uno pregunta qué tipo de protección es la que se pretende: como derecho o como mero interés o bien jurídico, cuáles son las etapas de la gradualidad, en qué medida se va incrementando esa protección, cuándo deviene en un derecho fundamental, etc., no se encuentran respuestas.

Como bien señala el juez chileno Eduardo Vio Grossi, en su voto disidente, “el objeto y fin del artículo 4.1., visto conforme al principio de buena fe, a los términos del tratado y en el contexto de éstos, no puede ser otro que efectivamente la ley proteja el derecho de ‘toda persona ... a que se respete su vida y, en general, a partir de la concepción’, vale decir, que efectivamente se proteja ese derecho de toda persona, incluido, por tanto, el del concebido o no nacido aún”.<sup>15</sup>

Por el contrario, la sentencia llega a decir que “el objeto y fin del artículo 4.1 es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos”,<sup>16</sup> es decir, que una norma que claramente fue incorporada para fortalecer el derecho a la vida desde el momento de la concepción, devendría en significar

---

13 Sentencia *caso Artavia Murillo* cit., N° 264. Con ello se acogía lo que había sostenido la Comisión en la demanda en el sentido de que el artículo 4.1 no establece “un derecho absoluto o categórico en relación con las etapas prenatales de la vida”, a lo que agregaba que existía “un reconocimiento internacional y comparado del concepto de protección gradual e incremental de la vida en la etapa prenatal” (cf. Sentencia *caso Artavia Murillo* cit., N° 163).

14 Sentencia *caso Artavia Murillo* cit., N° 256. Véase también N° 315.

15 Voto disidente en sentencia de 28 de noviembre de 2012, *caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) con Costa Rica*.

16 Sentencia *caso Artavia Murillo* cit., N° 258.



justamente lo contrario: que la vida no puede prevalecer sobre otros derechos.<sup>17</sup> Esto es claramente absurdo y contrario al texto, al espíritu del tratado y a sus antecedentes históricos. Baste constatar que la frase “a partir del momento de la concepción” sería un predicado sin sujeto. Es obvio que, conforme a la reglas del lenguaje ordinario, cuando se señala: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción” (artículo 4.1), lo que la ley debe proteger a partir del momento de la concepción es el derecho a la vida de una persona. Por lo tanto, el embrión es titular de su propio derecho a la vida desde el momento de la concepción, la que debe entenderse, según el lenguaje corriente y los antecedentes históricos, no como implantación sino como fecundación, ya que es esta la que constituye el primer momento de un nuevo individuo humano, diverso de las células germinales de sus progenitores.

La expresión “en general” del artículo 4 no debe interpretarse en el sentido de privar de fuerza al texto admitiendo que las leyes nacionales puedan establecer excepciones a la protección de la vida desde la concepción, ya que sería absurdo proclamar un derecho tan esencial dejando libertad para presentar toda clase de excepciones que lo desconozcan. La locución ha querido, por el contrario, enfatizar que la protección de la vida por nacer rige para todos: es “general”, es decir, para todos los seres humanos y con independencia de sus diferencias en razón de condiciones diversas a su mera humanidad.<sup>18</sup>

17 Como señala Vargas, Georgina “La protección del derecho a la vida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, interpretación del artículo 4.1 en los casos *Baby Boy vs Estados Unidos y Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) contra Costa Rica*”, en *Epikieia* (Universidad Iberoamericana León), N° 22, 2013, p. 15: “De la interpretación hecha por la Corte, parece derivarse que la protección a la vida desde la concepción es ahora la excepción y la vida estuviera protegida, en general, desde el nacimiento de una persona y no antes. La Corte ha invertido el significado y el objeto del artículo 4.1 siendo ahora posible entender que la excepción es proteger la vida desde la concepción y la regla general es protegerla desde el momento del nacimiento”. Disponible en: [http://epikieia.leon.uia.mx/numeros/22/derecho\\_a\\_la\\_vida.php](http://epikieia.leon.uia.mx/numeros/22/derecho_a_la_vida.php) (consulta 6 de marzo de 2016).

18 Ya antes la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había sostenido que las implicancias jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” serían substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción” que usaban los requirentes, pero sin indicar cuáles serían esas diferencias (*Baby Boy contra Los Estados Unidos de América*, Caso 2141, Resolución 23/81, Informe de 6 de marzo de 1981, N° 30). Esta interpretación es falsa incluso desde el punto de vista histórico, como lo demuestran Bertelsen, Soledad y García, Gonzalo, “La protección del derecho a la vida y el estatuto del no nacido en el sistema interamericano de Derechos Humanos”, en Aguirrezabal, Maite y Bertelsen, Soledad (ed.), *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N°27, (Universidad de los Andes), 2015, pp. 189-197. Pero incluso más allá de los antecedentes históricos de la norma, la interpretación de la Corte vulnera no solo al texto literal sino al objeto y fin del tratado y de los Estados que lo celebraron que querían precisamente que la vida humana de la persona se protegiera desde que ella fuera concebida y no solo a partir del nacimiento. Eduardo Vio Grossi en su voto disidente muestra que la cláusula “en general”, “fue establecida para permitir que la protección que por ley se debe dar al derecho de ‘toda persona... a que se respete su vida’ a partir de la concepción”, lo sea también para el no nacido aún. En

Este fallo aislado de la Corte Interamericana que, además contradice su jurisprudencia en favor del respeto absoluto a la vida humana, no puede considerarse determinante para cambiar lo que se ha establecido con tanta fuerza en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como una aplicación del principio de universalidad de tales derechos. No es una sorpresa entonces, que incluso en el plano interno del país condenado (Costa Rica) el fallo sea abiertamente resistido, lo que ha llevado a la Corte a adoptar medidas de un intervencionismo que puede calificarse de abusivo.<sup>19</sup>

### 3.4. El embrión humano en la Constitución chilena

Si revisamos la cuestión desde el punto de vista constitucional chileno, la titularidad jurídica del embrión humano queda fuera de toda duda. La Constitución Política señala, en su artículo 19, que ella asegura a “todas las personas”, ciertos derechos fundamentales entre los cuales menciona el derecho a la vida de “el que está por nacer”, cuya protección por su vulnerabilidad se encomienda expresamente a la ley –incluida por cierto la ley penal– (artículo 19, N° 1). Ha previsto igualmente la aplicabilidad del recurso de protección para restablecer el imperio del derecho en caso de que ese derecho sufra privación, perturbación o amenaza por actos u omisiones arbitrarias e ilegales (artículo 20).

En contra, se ha sostenido que la referencia del N° 1 del artículo 19 de la Constitución no implica un reconocimiento de la personalidad del embrión humano, por cuanto se observaría una diferencia entre el derecho a la vida y a la integridad física que se reconoce para toda persona en el inciso primero del N° 1, y la alusión al no nacido contenida en el inciso 2°, para el cual esa protección no sería asumida directamente por la Constitución sino que delegada a la prudencia del legislador. De esta manera, debería ser la ley la que determinara la cobertura protectora de la vida del que está por nacer y sus posibles excepciones. Se agrega que la Constitución distingue la vida del nacido que es protegida mediante un derecho constitucional, de la vida del no nacido, que es cautelada como un bien jurídico o como un interés constitucional no atribuible a una persona. Se invocan en apoyo de esta

---

otras palabras, esa protección debe ser ‘común’ para el nacido y el que no es aún, consecuentemente, no procede hacer distinción, en este aspecto, entre ellos, ‘aunque sean de naturaleza diferente’, dado que ‘constituyen un todo’, en ambos hay vida humana, hay un ser humano, una persona” (Sentencia caso *Artavia Murillo* cit., voto disidente).

19 Cfr. Castaldi, Ligia y Franc, María Inés, “Inter-American Court Judgment Against Costa Rica on In Vitro Fertilisation (IVF): A Challenge to the Court’s Enforcement Authority”, en Oxford Human Rights Hub Blog (28 de abril de 2016). Disponible en: <http://ohrh.law.ox.ac.uk/inter-american-court-judgment-against-costa-rica-on-in-vitro-fertilisation-ivf-a-challenge-to-the-courts-enforcement-authority/>

distinción las discusiones sobre la procedencia del aborto terapéutico de que dan cuenta las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.<sup>20</sup>

Por otro lado, se observa que la norma solo se referiría a las criaturas que están en el vientre materno (embriones implantados), y no a los huevos fecundados y desarrollados *in vitro*, en medio extracorpóreo. Respecto de estos últimos no podría decirse propiamente que “estén por nacer”, esto es, en vías de nacer.<sup>21</sup>

Nos parecen equivocados ambos planteamientos. Comenzamos por refutar el segundo: no cabe en esta materia una interpretación tan literal que no admita que la fórmula “el que está por nacer” es una expresión semántica, hermosa y hasta poética, pero que se refiere a todas las criaturas humanas vivas no nacidas, independientemente del medio físico en el que se encuentren. Debe recordarse que no es más que la traducción del término latino *nasciturus* con que los romanos designaban a todo ser humano no nacido. Se trata, en consecuencia, no del que está próximo a nacer, sino del que está llamado, por su propia conformación natural, a nacer (de lo contrario, y extremando las cosas más de alguno llegaría a sostener que solo el feto ya formado y viable sería una criatura que está realmente “por nacer”).

Respecto de la menor intensidad de protección que quiere deducirse de la incorporación de la norma específica referida a la vida del *nasciturus* después de la consagración general del derecho a la vida en el artículo 19 N° 1 de la Constitución, debe partirse por destacar que si ello fuera correcto, la intención de los redactores, que fue indudablemente el enfatizar que la protección de la vida incluía al concebido, hubiera tenido resultados totalmente inversos. Mucho más lógico es pensar que la vida de todos los seres humanos es protegida de igual manera por la Constitución y que la referencia especial a los concebidos es, más bien, un mandato dirigido al legislador para que dicte normas legales especiales que hagan realidad esa protección respecto de los *nascituri* atendidas las amenazas a que están expuestos en los tiempos actuales. Adviértase que la Constitución no cosifica al *nasciturus* y que implícitamente reconoce su subjetividad: habla de “el que” está por nacer, y no de “lo que” está por nacer.

20 Cfr. *Actas Oficiales de las sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión 87°, 14 de noviembre de 1974, p. 16. En este sentido, Bascañán, ob. cit., pp. 157-168; Valenzuela, Jonatan, “Algunas consideraciones sobre el estatuto del embrión preimplantacional en Chile”, en *Revista Estudios de la Justicia*, N°3, (Universidad de Chile), 2003, pp. 169-170 y Undurraga Valdés, Verónica, *Aborto y protección del que está por nacer en la Constitución chilena*, (LegalPublishing) 2013, pp. 302 y ss.

21 Figueroa, Gonzalo, *Derecho Civil de la persona. Del genoma al nacimiento*, (Editorial Jurídica de Chile) 2001, pp. 150 y ss., que sostiene que el artículo 75 del Código protege solo a los embriones ya implantados en el seno de la madre. Los embriones concebidos *in vitro* no pertenecerían ni siquiera a la categoría de “los que están por nacer”.

La interpretación contraria que quiere ver una protección diferenciada de la vida del *nasciturus* como un bien jurídico, pero no como un derecho humano o fundamental cuya titularidad corresponde al mismo embrión humano, ha sido tempranamente rebatida por Patricio Zapata.<sup>22</sup>

Es además lo que pide una interpretación armónica de este inciso del N° 1 del artículo 19 con las normas y principios del Capítulo Primero sobre Bases de la Institucionalidad, en especial con el artículo 1° que declara que el Estado está al servicio de la persona humana y con el artículo 5° que reconoce los derechos esenciales que derivan de la naturaleza humana, siendo claro que el embrión humano cuenta con tales derechos.<sup>23</sup> La conclusión es exigida también por la armonía que debe existir entre la Constitución y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Chile, en especial con la Convención Americana de Derechos Humanos. Humberto Nogueira ha sostenido que, aunque el artículo 19 N° 1 de la Constitución pareciera diferenciar entre la protección de la vida del ser humano nacido y el concebido, en atención a lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2 y en especial en la Convención Americana de Derechos Humanos, “debemos concluir en una interpretación armónica, sistemática y finalista del bloque constitucional de derechos esenciales, que los seres humanos (*nasciturus* o *nonatos* y *nacidos*) son personas que tienen derecho a que se respete su vida, ‘en general, a partir del momento de la concepción’ hasta su ‘muerte natural’. La existencia de esta nueva persona, por imperativo de su propia dignidad, establece el deber de proteger su vida y de impedir que se provoque su muerte”.<sup>24</sup>

En este mismo sentido Sergio Carrasco ha dicho que “siendo el concebido y aún no nacido titular de una vida que comienza con la concepción, cualquier acto o pretensión de afectar tal vida transgrede el texto y las finalidades de la Constitución”.<sup>25</sup> Es la posición compartida por la opinión común de nuestra

---

22 Zapata, Patricio, “Persona y embrión humano. Nuevos problemas legales y su solución en el derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol.15, N°2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 1988, pp. 384-386.

23 Precht, Jorge, “La administración del Estado al servicio de la persona en gestación”, en *Revista de Derecho Público*, N° 57/58, (Universidad de Chile), 1995, pp. 199 y ss.

24 Nogueira, Humberto, “El derecho a la vida en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Gaceta Jurídica* 207 (1997), p. 11.

25 Carrasco, Sergio, “Constitución Política de 1980. Finalidades y aplicación. Notas sobre el derecho a la vida y su protección”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Vol.1, N°1, (Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca), 2003, p. 86.

doctrina de derecho público.<sup>26</sup> Todo lo anterior no puede ser dejado sin efecto invocándose una mera discusión entre los integrantes de la Comisión de Estudios que redactó el primer texto de la Carta Fundamental,<sup>27</sup> menos ahora después de las numerosas modificaciones de que ha sido objeto para profundizar su adhesión a los principios humanistas y democráticos.

### 3.5. Relevancia de la reforma constitucional de 1999: el verbo “nacen” del artículo 1º de la Constitución

La reforma constitucional de la Ley N°19.611, de 1999, tuvo por objeto explicitar la igualdad entre hombres y mujeres, para lo cual se estimó conveniente sustituir la expresión “los hombres”, con la que se iniciaba el artículo 1º de la Constitución, por “las personas”, pero se mantuvo el resto de la norma: “nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Al quedar vinculados el vocablo “persona” con el verbo “nacer”, alguien podría tener la impresión de que la Constitución se estaba desdiciendo de la protección otorgada a la persona por nacer en el artículo 19 N° 1, y que en el artículo primero se reconocía solo como personas (con dignidad y derechos) a los seres humanos ya nacidos, o desde el momento en que nacieran.

Afortunadamente, esto se advirtió a su debido tiempo y –no hay mal que por bien no venga– sirvió para que el Congreso Pleno ejerciendo su función de poder constituyente derivado reafirmara la personalidad constitucional del ser humano concebido, por medio de una expresa aclaración en tal sentido.

Varios parlamentarios hicieron uso de la palabra para hacer hincapié en que el nuevo texto, al hablar de que las personas nacen libres e iguales, no podía entenderse como un debilitamiento del derecho a la vida del que está por nacer (diputada Cristi, diputado Elgueta, senador Díez, diputado José García,

26 Soto, Eduardo, *Derecho administrativo. Bases fundamentales*, (Editorial Jurídica de Chile), 1996, tomo I, p. 44. El autor con toda razón sostiene que importaría una diferencia arbitraria distinguir entre el derecho a la vida del *nasciturus* y del nacido, siendo ambos individuos de la especie humana y por tanto personas. Cfr. también Nogueira, H., ob. cit., p. 11.

27 Lo que se deduce, en verdad, de esa discusión es más bien la falta de uniformidad de pareceres sobre la no derogabilidad por parte de la Constitución del aborto terapéutico entonces vigente en el Código Sanitario. Evans de la Cuadra, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, (Editorial Jurídica de Chile), tomo I, p. 100, escribe que “Lo que ni la ley ni la autoridad podrían autorizar o tolerar, sin infringir la Constitución, es la práctica masiva del aborto común” y Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto, *Derecho Constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile), tomo I, 2ª edición, 2002, p. 199, señalan que la disposición del Código Civil se incluyó en el texto constitucional “con el propósito de que en el futuro no pudiese legislar en forma amplia acerca del aborto”. No concordamos con esta interpretación, pero incluso aceptándola debería considerarse inconstitucional un proyecto de aborto que no se limita a la razón terapéutica, sino que lo expande a la razón eugenésica (inviabilidad del feto) y a la criminológica (violación), máxime si no se concibe únicamente como despenalización o legalización sino como legitimación en cuanto derecho subjetivo de la mujer a una prestación médica.

diputado Krauss, senador Urenda, senador Zaldívar), ni en el sentido de “ignorar, suprimir o atenuar el reconocimiento de la personalidad constitucional que corresponde tanto a hombres como mujeres desde el mismo momento de la concepción” (diputada Guzmán, senador Larraín, diputado Luksic, diputado Pérez).<sup>28</sup>

El argumento, gramatical, que quiere ver en el vocablo “nacen” del artículo 1º una exclusión de los no nacidos del ámbito protector de la Carta Fundamental no puede ser considerado acertado.<sup>29</sup> Es manifiesto, incluso hasta por su propia ubicación de “norma pòrtico”, que el artículo 1º utiliza el vocablo persona en su noción institucional, como “base de la institucionalidad”, según reza el epígrafe del capítulo I en el que se inserta. Al hablar, por ejemplo, de que el Estado está al servicio de la persona, no puede sino estar pensando en el ser humano y en cualquier ser humano. El primer párrafo necesariamente, por su contexto y por su historia, se refiere a la persona como ser con dignidad anterior a las determinaciones y elaboraciones jurídicas. La mantención del término “nacen” no puede operar como una limitación a esa noción sustancial de persona, ya que –es sabido– su inclusión obedece a una reminiscencia histórica a la esclavitud.

Por lo demás, bien se puede sostener que si la Constitución reconoce que las personas nacen libres e iguales en dignidad, es porque ya lo son desde el momento en que vinieron a la existencia, es decir, desde la concepción.<sup>30</sup>

### **3.6. El embrión humano como titular de derechos en el sistema legal chileno**

Después de analizar en profundidad nuestro ordenamiento jurídico debe constatar que hay un claro y firme reconocimiento de la personalidad del embrión, al que la ley civil gusta denominar como “criatura que está por nacer”. Esta conclusión parece contradecirse con el texto del artículo 74 del Código Civil que expresamente señala: “la existencia legal de toda persona

28 Cfr. Sesión del Congreso Pleno del 15 de mayo de 1999, *Diario de Sesiones del Senado* pp. 4037-4066

29 En este sentido, por aceptar la tesis civil tradicional de que la persona solo es reconocida desde su nacimiento, Guzmán, Alejandro, *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, (Ediciones Universitarias de Valparaíso) 2001, pp. 92-97. Con todo este insigne profesor, está lejos de aceptar que la vida del ser humano concebido –aunque él, como su maestro Álvaro D’Ors, no le otorguen la calificación de “persona”–, sea disponible del modo que se propone en el proyecto de ley que comentamos.

30 Fernández, Miguel Ángel, “Derecho a la vida y derechos fundamentales de la persona que está por nacer”, en AA.VV., *Los derechos de la persona que está por nacer*, Conferencias Santo Tomás de Aquino, Universidad Santo Tomás, Santiago, 2001, p. 84, sostiene que la reforma ha reforzado el derecho a la vida del que está por nacer al descartarse por completo que la expresión “el que está por nacer” del artículo 19 N° 1 inciso 2º de la Constitución fuera entendida como aludiendo a alguien que no es “persona” en el sentido constitucional.

principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”, de modo que la criatura que muere en el vientre materno o antes de esa separación “se reputará no haber existido jamás”.

El tenor literal del artículo 74, a nuestro juicio, ha sido sobredimensionado y aplicado fuera de su órbita natural por la doctrina común, llevándola a proclamar como dogma incuestionable que la ley civil no reconoce la personalidad del *nasciturus*.<sup>31</sup>

Esta afirmación no tiene en cuenta, sin embargo, que el mismo código civil y la legislación nacional contienen numerosas disposiciones que claramente demuestran que la ley reconoce y protege la personalidad del que está por nacer:

1°) Por de pronto, se le incluye claramente en la definición de persona que el código civil formula en el poco considerado artículo 55: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad...”. El embrión es individuo y pertenece a la especie humana, por lo cual, con prescindencia de su desarrollo cronológico (edad), debe ser considerado persona.

2°) El *nasciturus* es sujeto de estado civil: se le considera hijo (artículo 243 inciso 2° código civil) y se señala que los efectos de la determinación de su estado civil filiativo se retrotraen a la época de su concepción (artículo 181 código civil). Incluso se permite iniciar los trámites propios de una adopción en su favor (artículo 10, Ley N°19.620).

3°) Congruentemente con lo anterior se declara solemnemente que “la ley protege la vida del que está por nacer” (artículo 75 código civil). Adviértase que la expresión “el que está por nacer” sugiere claramente la personalidad: se trata de “alguien”, no de “algo”.

4°) Se atribuyen facultades amplísimas al juez para adoptar, de oficio o a petición de cualquier persona, “todas las providencias que le parezcan

31 Debemos reconocer que nuestro pensamiento sufrió una cierta evolución. En un primer momento no estimábamos posible afirmar con seguridad el reconocimiento positivo de la personalidad civil del concebido, por lo cual propiciábamos que se revisaran aquellas normas civiles que, como el artículo 74 del Código, parecían negar esa calidad al embrión. No obstante, ya en ese momento hacíamos ver la necesidad de “revisar los conceptos dogmáticos tradicionales, y ahondar en el concepto de persona natural que da el Código Civil chileno”. Ver Corral, Hernán, “Comienzo de la existencia y personalidad del que está por nacer”, en *Revista de Derecho XIII* (Universidad Católica de Valparaíso), N°13, 1989-1990, p. 47, nota 46. Es la labor que hicimos en trabajos posteriores y especialmente en el que se actualiza y desarrolla en este escrito. La doctrina civil actual va girando hacia un reconocimiento de la personalidad del concebido. Así, Larráin, Hernán, *Lecciones de Derecho Civil*, (Editorial Jurídica de Chile), 1994, pp. 132 y ss. ha sostenido que el Código Civil reconoce la “personalidad natural” del concebido; Figueroa, ob. cit., pp. 150-152, llega a la misma conclusión aunque restringe la expresión legal “el que está por nacer” al embrión ya implantado. En cambio, la reconoce sin ambages y con persuasivos ejemplos, Henríquez, Ian, *La regla de la ventaja para el concebido en el Derecho Civil chileno*, (LegalPublishing) 2011, pp. 164 y ss.



convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará” (artículo 75 código civil). Esta norma debiera relacionarse con las facultades que la Ley de Tribunales de Familia otorga a los jueces de este fuero para adoptar medidas de protección en favor de niños o niñas que sean gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos (artículo 8 N° 7 Ley N°19.968), precisando la ley que por niño o niña debe entenderse “todo ser humano que no ha cumplido catorce años” (artículo 16 inciso 3°, Ley N°19.968). La protección de la vida del concebido conduce necesariamente a excluir toda forma de interrupción de la gestación, con las disposiciones que castigan penalmente el aborto provocado (artículos 342 y siguientes del código penal) y que prohíben toda acción que tenga como fin directo el aborto (artículo 119 del código sanitario).

5°) Se determina que todo castigo a la madre por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, debe diferirse hasta después de su nacimiento (artículo 75, inciso 2°, código civil). Por lo que, en todo caso, debe suspenderse la aplicación de la pena de muerte, si es que fuere aplicable en alguno de los casos en los que aún subsisten en nuestra legislación (artículo 85 del código penal).

6°) Se declara la protección que el Estado debe proporcionar al hijo que está por nacer. El Código Sanitario dispone que “Toda mujer durante el embarazo y hasta el sexto mes del nacimiento del hijo, y el niño, tendrán derecho a la protección y vigilancia del Estado por intermedio de las instituciones que correspondan”, de modo que, “La tuición del Estado comprenderá la higiene y asistencia social tanto de la madre como del hijo” (artículo 16).

7°) Se protegen igualmente los derechos patrimoniales del *nasciturus*: todos los derechos que se le defieren a la criatura permanecen en suspenso, y si llega a nacer entra en el goce de ellos como si hubiese estado ya nacido al momento en que se le defirieron (artículo 77 código civil).

8°) Por tal razón, el *nasciturus* goza de capacidad para suceder por causa de muerte (artículo 962 código civil), y para recibir donaciones (artículo 1390 código civil).

9°) Además, la ley provee un administrador para los derechos que se le defieren mientras se encuentra en gestación, concediendo al padre o a la madre la patria potestad sobre el que está por nacer (artículo 243, inciso 2° código civil), y, a falta de estos, posibilitando el nombramiento de un curador de bienes (*ad ventris*) (artículos 485 y siguientes código civil).

10°) La Ley de Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias



considera como sujeto beneficiario de pensiones alimenticias al hijo que está por nacer (artículo 1, inciso 4° Ley N°14.908, de 1962, texto refundido por D.F.L. N° 1, Ministerio de Justicia, 16 de mayo de 2000, modificado por la Ley N°20.152, de 2007).

11°) Aunque el artículo 74 del Código Civil utilice para el niño que muere antes de nacer una cruda expresión: –“se reputará no haber existido jamás”–, la Ley de Registro Civil, (si bien omite por razones prácticas las inscripciones de nacimiento y defunción), contempla la necesidad de dar sepultura a los restos de la criatura no nacida en los cementerios destinados a cadáveres humanos, y ordena el otorgamiento del respectivo pase de sepultación (artículo 49 de la Ley de Registro Civil).<sup>32</sup>

12°) El artículo 66 del Código del Trabajo, modificado por la Ley N°20.137, de 16 de diciembre de 2006, concede un permiso pagado, adicional al feriado anual, de tres días corridos, en caso de que el trabajador sufra la muerte de “un hijo en período de gestación”. Se aclara que en caso de muerte del hijo nonato el permiso se hará efectivo desde el momento de acreditarse la muerte con el respectivo certificado de defunción fetal. El mismo permiso se extiende a los funcionarios de la Administración Pública (Ley N°18.834, texto refundido por D.F.L. N° 29, de 2004, artículo 104 bis) y de las municipalidades (Ley N°18.833 artículo 108 bis).

Con fecha 29 de septiembre de 2006, se publicó en el Diario Oficial la Ley N°20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma y que prohíbe la clonación humana (ley sobre genoma humano). Este cuerpo legal contiene una nueva reafirmación de la protección que el ordenamiento jurídico realiza del *nasciturus*, en su calidad de individuo de la especie humana.

En efecto, el artículo 1° de este cuerpo legal dispone expresamente que “esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas”.

32 En contra de la dignidad de los restos del no nacido se rebela el Decreto Supremo N°240, del Ministerio de Salud, de 3 de junio de 1983, Reglamento del Título IX del Código Sanitario, cuando dispone que son admisibles las donaciones de “todo producto de la concepción que no llegue a nacer vivo”, las que se perfeccionan por la sola voluntad del donante (artículo 17). También utilizan esta expresión “producto de la concepción” el artículo 49 del Reglamento General de Cementerios, Decreto Supremo N°357, de 1970 y el artículo 40 del Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas, Decreto Supremo N° 161, de 1982, ambas normas introducidas por el Decreto Supremo N° 216, Ministerio de Salud, de 17 de diciembre de 2003. Estas últimas, a pesar de lo desafortunado de la expresión, le reconocen al concebido su dignidad humana al contemplar y facilitar su inhumación.

Un veto del Poder Ejecutivo que pretendía exceptuar de la protección del ser humano desde la concepción los casos de contracepción de emergencia y de aplicación de técnicas de reproducción asistida, fue declarado inadmisibles por el Presidente del Senado.

La Ley N°20.120 saca varias consecuencias concretas de la protección del no nacido. Así se prohíbe bajo sanción penal la clonación de seres humanos, cualquiera que sea el fin perseguido y la técnica utilizada (artículos 5 y 17), es decir, se prohíbe no solo la clonación reproductiva sino la mal llamada “clonación terapéutica”, que involucra la pérdida deliberada de embriones. Se dispone además que en ningún caso podrán destruirse embriones humanos para obtener las células troncales que den origen a tejidos y órganos (artículo 6). La ley agrega que “no podrá desarrollarse una investigación científica si hay antecedentes que permitan suponer que existe un riesgo de destrucción, muerte o lesión corporal grave y duradera para un ser humano” (artículo 10 inciso 2°).

Debe aclararse que el hecho de que la ley prefiera hablar de ser humano más que de persona o persona humana no tiene mayor importancia dogmática, puesto que todos estos términos aluden a la misma realidad: el individuo de la especie humana en toda la extensión de su desarrollo; desde su inicio al momento de la concepción hasta su extinción con la muerte, como titular de derechos.<sup>33</sup>

No es admisible que se quiera ahora manipular el término “concepción” para identificarlo con la anidación del embrión en el útero de la madre.<sup>34</sup> Recuérdese que este es un vocablo que figura en nuestro derecho desde muy antiguo. Concepción en el Código Civil se contraponen al nacimiento, y es claramente el primer momento de la existencia natural de ese individuo de la especie humana que es la persona. La concepción corresponde al momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, ya que desde ese mismo momento puede hablarse de un nuevo individuo que pertenece a nuestra especie.

---

33 Sobre las implicancias de esta regulación para el reconocimiento de la personalidad del concebido, véase Henríquez, ob. cit., pp. 177 y ss.

34 Como pretende García, Fernando, “Sobre algunos alcances del art. 1° del ‘Proyecto de Ley sobre Investigación Científica en el Ser Humano y (que) prohíbe la clonación humana”, en *Entheos*, Escuela de Derecho Universidad de las Américas, año 4, 2006, pp. 169 y ss. Es también la estrategia argumental seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*” en relación con el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: véase *supra* 3.3, aunque ésta, como es evidente, no ha tenido a la vista los textos normativos y los antecedentes del ordenamiento jurídico chileno.

Una segunda reafirmación de la personalidad del ser humano concebido lo vemos en la Ley N°20.418, publicada en el Diario Oficial el 28 de enero de 2010, sobre regulación de la fertilidad. Esta ley después de señalar que “los órganos de la Administración del Estado con competencia en la materia pondrán a disposición de la población los métodos anticonceptivos, que cuenten con la debida autorización, tanto hormonales como no hormonales, tales como los métodos anticonceptivos combinados de estrógeno y progestágeno, métodos anticonceptivos de progestágeno solo, los métodos anticonceptivos hormonales de emergencia y los métodos de anticoncepción no hormonal, naturales y artificiales” (artículo 4 inciso 2°), señala explícitamente que “En todo caso, no se considerarán anticonceptivos, ni serán parte de la política pública en materia de regulación de la fertilidad, aquellos métodos cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto” (artículo 4 inciso 3°).

Es claro que el legislador admite los métodos anticonceptivos pero no los que tengan efecto abortivo, es decir, aquellos que actúan después de que se ha verificado la fecundación del óvulo por el espermio y cuando ya hay un ser humano concebido. La razón no puede ser otra, si relacionamos esta ley con el resto de los antecedentes normativos que ya hemos mencionado, que el reconocimiento de una persona que, aunque esté en sus primeros momentos, goza ya de dignidad humana y de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad corporal y a la salud.

### **3.7. Refutación del argumento en contrario fundado en el artículo 74 del Código Civil**

Expuestas las normas anteriores, se impone una interpretación finalista y contextualizada del precepto del artículo 74 del Código Civil, que en su tenor literal parece negar personalidad al embrión y otorgarla cuando haya ocurrido el nacimiento, esto es, cuando la criatura se haya separado completamente de la madre y sobrevivido algún momento a esa separación. Yendo más allá de las expresiones literales del precepto, queda claro que el codificador no ha querido otra cosa que fijar con certeza el punto en el que se consolidan definitivamente las relaciones patrimoniales surgidas en favor del que está por nacer durante su gestación, y que en ningún caso ha pretendido negar al *nasciturus* su cualidad de sujeto de derechos.

Es manifiesto que la fórmula del artículo 74, en relación con la disposición del artículo 77 del Código Civil, no es más que un medio técnico destinado a condicionar la capacidad patrimonial del embrión a su nacimiento, evitando

de esta forma desplazamientos inciertos de la propiedad. La norma nos viene a decir que, en caso de muerte antes del nacimiento, el feto no es considerado causante para efectos sucesorios, articulando la ley una ficción (que ella misma reconoce como contraria a la realidad de las cosas) de que la criatura no ha llegado a la existencia (“se reputará” dice el Código no haber existido). Se trata, por tanto, de un desconocimiento *a posteriori* de la capacidad patrimonial, que no puede considerarse atentatorio para la dignidad del embrión ya que ella se verifica cuando este ya no tiene existencia. Nadie podría sostener que con ello se le desconoce injustamente el derecho de transmitir sus propios bienes: no resulta razonable conservar ese derecho respecto de alguien que no podrá tener nunca la posibilidad de ejercerlo.<sup>35</sup>

Otra razón práctica para seguir el mismo criterio la da Guzmán Brito, explicando el Derecho romano: “la razón es clara: nacida muerta una criatura, no siempre es posible saber en qué momento murió ni, por ende, si alcanzó o no a adquirir un patrimonio (hereditario) y a causar o no su propia herencia”.<sup>36</sup> Pensamos que el argumento mantiene su vigencia en el Derecho patrimonial moderno.

## **4. Procedencia del aborto aceptando titularidad de Derechos Humanos del embrión**

### **4.1. Una propuesta de antigua data**

En 1971, Judith Thomson publicó un influyente artículo, “*A Defense of abortion*” (*Philosophy & Public Affairs*, 1971, vol. I), por el cual intentó justificar el aborto en los derechos de la mujer pero sin desconocer la personalidad del embrión humano. Su ejemplo ha devenido en clásico: el de una persona cuyo cuerpo ha sido sin su voluntad conectado a un paciente (un célebre violinista) cuya vida depende de dicha conexión. Thomson alega que nadie dudaría de que, aunque el enfermo sea persona, no existe un deber jurídico que imponga al conectado el supeditar su libertad y autonomía para salvar la vida del violinista.

---

<sup>35</sup> Se trata de un expediente técnico de restricción justificada y *a posteriori* de la capacidad patrimonial. Nada impide que esta solución pueda cambiar si se estima que los conocimientos científicos son suficientes para determinar con certeza la fecha de la muerte del concebido. En similar sentido, para la legislación española, puede verse a Martínez de Aguirre, Carlos, “¿El nacimiento determina la personalidad? (Reflexiones sobre el concepto jurídico de persona, con un epílogo sobre la situación jurídica del concebido)”, en *Revista Actualidad Civil*, N° 31, 2001, pp. 1103 y ss.

<sup>36</sup> Guzmán, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, (Editorial Jurídica de Chile), 1996, tomo I, § 54, p. 277.

Más adelante, el Tribunal Constitucional alemán, primero por la sentencia de 25 de febrero de 1975, y luego de la reunificación, por la sentencia de 28 de mayo de 1993, si bien reconoce que el embrión humano es sujeto de derechos y en particular del derecho a la vida, ya que puede ser incluido en el “todos” al que se refiere el artículo 2.2 de la Carta Fundamental, e incluso señala que el aborto provocado debe ser considerado en principio injusto o ilegal, sin embargo concluye que no siempre debería ser objeto de una pena ya que hay situaciones excepcionales en las que no puede exigirse a la mujer que no interrumpa su embarazo mediante el aborto. El criterio de la inexigibilidad de otra conducta (*Unzumutbarkeit*) puede orientar al legislador para despenalizar en ciertos casos la privación de la vida del concebido.<sup>37</sup>

A continuación, pasaremos revista a los que nos parecen son los principales argumentos que abogan por la autorización del aborto consentido por la mujer, aun suponiendo la calidad de titular del derecho a la vida del embrión humano.

#### **4.2. El argumento de que solo se considera despenalización de la conducta**

Siguiendo el razonamiento de que el derecho penal es la máxima reacción de que dispone la sociedad para cautelar determinados derechos o bienes jurídicos y que existen otras formas de otorgar protección al derecho a la vida del embrión humano que pueden ser más apropiadas que la coerción penal, se dice que debe admitirse que, al menos en ciertos casos, el legislador puede renunciar a penalizar la privación de la vida del concebido. Se sostiene, entonces, que aunque la conducta sea antijurídica no debiera ser punible por las consecuencias negativas que la penalización produciría en cuanto a abortos clandestinos y riesgo para la vida de las mujeres que se someten a ellos.

Nos parece que este razonamiento es contradictorio con otras tendencias sociales que llevan a buscar en la criminalización de ciertas conductas una herramienta efectiva para prevenir su realización y proteger a los más débiles y vulnerables. De allí que los postulados del Derecho Penal mínimo están bastante mermados en la realidad legislativa. Sería paradójico, por ejemplo, que la ley castigara penalmente el maltrato de animales, mientras se despenaliza la causación de la muerte, por vías violentas, del embrión humano.

---

<sup>37</sup> Un comentario a la sentencia de 1993, en Domingo, Rafael, “El aborto y el Tribunal Constitucional alemán. Observaciones sobre la sentencia de 28 de mayo de 1993”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21, N°2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 1994, pp. 273 y ss.

Tampoco sería comprensible que se hiciera una discriminación tan fuerte entre el derecho a la vida del ser humano en gestación y el derecho a la vida de los seres humanos ya nacidos. Esta última es protegida en toda su extensión por diversos tipos penales, algunos incluso agravados como el parricidio, el homicidio calificado y el reciente delito de femicidio.<sup>38</sup>

Por ejemplo, no se entendería por qué se despenalizaría solo el aborto y no el infanticidio. Las mismas razones que se invocan para pedir la despenalización de la destrucción del embrión humano pueden darse también para no castigar a la mujer que abandona o tira a la basura o a un inodoro al niño recién nacido que acaba de dar a luz.

En todo caso, como hemos visto, el proyecto de ley que comentamos no establece una mera despenalización de la interrupción del embarazo, por más que así lo pretenda, sino que una legitimación del aborto como un derecho de la mujer.

#### **4.3. El argumento de la ponderación de derechos en colisión**

Asumiendo que en realidad las leyes de aborto no buscan la mera despenalización del aborto, sino su legalización como una conducta lícita, se señala que ello debe resultar de una ponderación de los derechos o intereses en juego. El balance debe hacerse entre el derecho (o interés) a la vida del ser humano en gestación, que depende del cuerpo materno para subsistir, y los derechos (o intereses) de la mujer a la vida, a la integridad psíquica, a la salud o simplemente a su libertad personal o autonomía para decidir sobre su maternidad. La ponderación se resolvería en favor de los derechos de la mujer frente a los cuales podría limitarse el derecho a la vida, todavía incipiente, del hijo que lleva en su seno.

Al afirmarse el resultado de la ponderación de antemano, se revela que la aceptación del derecho a la vida del concebido ha sido más aparente que real. Porque si se tratara del derecho a la vida, como derecho fundamental de un ser humano, no podría ser sopesado con otros derechos de otro ser humano. El derecho a la vida, así como la dignidad humana, es una realidad inconmensurable que no acepta que pueda medirse o balancearse con otros derechos también inconmensurables. En este sentido, bien puede decirse que el derecho a la vida es un derecho absoluto, que no puede reconocer excepciones sin que pierda sentido su protección jurídica. Sucede algo semejante con la prohibición de la tortura, que debe ser absoluta, porque cualquier limitación

---

<sup>38</sup> La diversidad de penas entre el aborto y el homicidio puede ser justificada por la mayor malignidad de este último, en cuanto la víctima tiene una presencia más patente y manifiesta para el agresor.

o excepción (por ejemplo, si se sostiene que excepcionalmente sería legítimo torturar a una persona para que revele dónde está la bomba que hará morir a miles de personas inocentes) la desvirtuaría como tal.<sup>39</sup>

Pero aun aceptando que la vida humana pueda ser objeto de ponderación con derechos de otros sujetos, habrá que decir que dicha ponderación jamás podrá lesionar el núcleo o contenido esencial de ese derecho, siguiendo el criterio que consagra entre nosotros el artículo 19 N° 26 de la Constitución. De este modo, ningún derecho de la mujer podría llevar a una lesión del contenido esencial del derecho a la vida del ser humano en gestación, como se da en toda conducta abortiva, que por principio persigue la muerte del embrión.

#### **4.4. El argumento de la conducta supererogatoria**

Como hemos dicho, Judith Thomson abogó por la idea de que no abortar podría ser considerado algo moralmente encomiable pero jurídicamente no podría ser exigido, porque a nadie se le exige sacrificar su libertad para salvar la vida de otro semejante. Thomson hablaba de la parábola evangélica del buen samaritano que socorre al forastero que encuentra tirado en el camino herido después de un asalto por una banda de bandidos (cfr. Lucas 10, 25-37). Es digno de admiración el comportamiento de este samaritano que, a diferencia del sacerdote y del levita, no se hizo el indiferente y llevó al herido a una posada y encargó al dueño de ella que lo cuidara, con cargo a sus propios recursos. Pero se convendrá, dice Thomson, que la ley no puede exigir que los ciudadanos se comporten de manera heroica y virtuosa. Por ello, tampoco podría exigirse a la mujer embarazada que se sacrifique en pro de la salvación del ser humano que se gesta en su cuerpo, por mucho que éste sea titular del derecho a la vida.

En nuestro país, este argumento ha sido invocado, aunque limitado a las tres causales del proyecto, por Carlos Peña González. En una columna publicada a comienzos de este año en el diario *El Mercurio* propuso abandonar la discusión sobre el comienzo de la vida humana o el estatus jurídico del concebido, y centrar la cuestión en si cabe exigir coactivamente la continuación del embarazo, cuando ello constituiría un acto supererogatorio: “Así –escribe–, podría incluso aceptarse –a efectos de la argumentación– que sostener un embarazo a sabiendas que la vida extrauterina será imposible, es un acto bueno. También, a efectos de la argumentación, podría sostenerse que es bueno que una mujer arriesgue su vida en defensa de la del embrión o que decida

---

39 En este sentido, Bertelsen, y García, ob. cit., pp. 197 y ss.

sostener un embarazo luego de haber sido tratada como una cosa y violentada. Pero no todo lo bueno es debido. Esas decisiones serían actos supererogatorios, conductas que el derecho no puede exigir de manera coactiva. Y por eso, lo razonable es que esa decisión le corresponda a la mujer: es ella quien, puesta frente a una elección trágica, debe decidir si asume o no esa carga supererogatoria, y no es el Estado quien debe decidir por ella”. Lo contrario significaría exigir que las mujeres en estas situaciones extremas se conduzcan como santas o como heroínas.<sup>40</sup>

Sin duda se trata de un argumento persuasivo, y que además tiene la virtud de reconocer que el concebido puede tener derechos o intereses autónomos que no pueden serle desconocidos por la sola decisión de la madre. Pese a ello, pensamos que falla por dos razones fundamentales.

En primer lugar, porque si bien es cierto que no puede exigirse a los padres que se inmolen o que hagan sacrificios extraordinarios para mantener la vida de sus hijos, nadie dudará que, como a todos los demás ciudadanos, se les puede y debe pedir algo más básico: no atentar directamente contra la existencia de un ser humano inerte. Al que pasa por el camino del malherido de la parábola no se le pedirá que lo socorra y le pague los cuidados en la posada como hizo el buen samaritano, pero sí se le exigirá que se abstenga de matarlo. Lo mismo puede decirse respecto del violinista de Thomson: el secuestrado puede cortar la sonda que lo conecta al enfermo, pero en ningún caso estará autorizado a coger un bisturí y asestarle un golpe mortal a su corazón.

En un segundo término, porque si lo supererogatorio se entiende como la imposibilidad de cumplir con ese mandato mínimo por las concretas circunstancias que vive la persona –ella debió abstenerse de matar al hijo, pero se vio impedida de actuar de otra manera–, bastaría con ocupar las circunstancias eximentes de responsabilidad criminal que se encuentran en el Código Penal vigente, como fuerza moral irresistible, miedo insuperable o estado de necesidad. En tal evento, será el juez quien, caso a caso, podrá ponderar hasta qué punto la mujer embarazada consintió en un aborto apremiada por circunstancias extremas que le fueron insuperables, de modo que no le era exigible actuar de otro modo.

No es esto lo que propone el proyecto de ley. Su objetivo no es evitar que se exijan conductas heroicas a las embarazadas, sino convertir el aborto en un derecho protegido por el ordenamiento jurídico. Más aún, se trata de darle la

---

40 *El Mercurio*: Carlos Peña: “Aborto: ni santas ni heroínas”, 10 de febrero de 2016, A-2.



categoría de prestación médica, a la cual terceros, como el personal de salud, estarían obligados.

Siendo así, no hay manera de conciliar ese estatuto legal con un genuino reconocimiento de la titularidad de un derecho a la vida del ser humano concebido.

#### **4.5. El argumento de la carga inexigible**

Este argumento proviene de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán que, como dijimos, reconoce que el embrión humano es un sujeto titular del derecho a la vida que emana de su propia dignidad, pero señala que, al menos en ciertos casos que quedan bajo la competencia del legislador, la mantención del embarazo puede considerarse una carga intolerable para la mujer cuyo cumplimiento no puede serle exigible bajo la amenaza de una sanción penal.

En nuestro país, Antonio Bascuñán Rodríguez ha defendido la procedencia del aborto bajo esta consideración. En su opinión, lo relevante es si, sobre la base de una ponderación de intereses, la carga de tolerar el embarazo puede ser exigible a la mujer en cualquier circunstancia. Luego, no estamos ante un simple deber de abstención como la prohibición del homicidio, sino ante un deber de solidaridad de sacrificarse para evitar la muerte de otro, como sucede ante el deber de tolerar el embarazo. Este deber de solidaridad de la mujer en favor del embrión humano está reconocido en el sistema jurídico chileno sobre la base del Código Penal y el artículo 19 N° 1 de la Constitución. Sin embargo, este no debiera tener carácter absoluto y podría ser limitado cuando el sacrificio de los intereses de la mujer sea de tal entidad que no pueda serle exigido. De esta manera, la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo es diferenciada: un cierto margen o grado de afectación de los intereses personalísimos de la mujer es inherente al estado de embarazo. Toda situación que demande a la mujer un grado mayor de afectación de dichos intereses debe ser considerado inexigible. En su opinión, según el grado de intensidad de afectación debería ser considerado inexigible el embarazo en los casos de los llamados aborto terapéutico, aborto embriopático, aborto por violación y aborto por circunstancias socio-económicas.<sup>41</sup>

La conclusión que ofrece esta estrategia argumentativa debe llevar a sospechar de su corrección, porque una vez afirmada, de manera retórica, la

---

41 Bascuñán, ob. cit., pp. 172 y ss.

titularidad de derechos o intereses del embrión humano, la formulación de un deber de solidaridad de la mujer que aparece en tantos casos como de cumplimiento inexigible, lleva a que en vez de restringirse los supuestos de aborto se llega prácticamente a los mismos resultados a los que se arriba si se estima que el embrión humano no es sujeto de derechos o intereses autónomos. Es decir, de lo que pareciera ser algo excepcional –la no exigibilidad de un deber– se pasa a una situación general que equivale a la inexistencia del deber.

Por otro lado, como hemos hecho ver más arriba, la penalización del aborto no se sustenta en un mero deber o carga de tolerar el embarazo, sino en la prohibición de no matar al embrión humano, como única forma de respetar su derecho a la vida. Se trata de un deber, pero no de tolerar, sino de no atentar contra la vida de la criatura en gestación.<sup>42</sup>

#### 4.6. Justificación y exculpación

Todo lo anterior debe suponer que se está hablando en el plano de lo que los penalistas llaman “justificación”, es decir, de una circunstancia o situación que hace que una conducta típica (matar al feto) sea, sin embargo, considerada no antijurídica, es decir, lícita ante todo el ordenamiento jurídico. Como ocurre por ejemplo con la legítima defensa en el homicidio.

Sin embargo, rechazar los argumentos que intentan justificar la conducta abortiva no quiere decir que ellos no puedan ser considerados en el plano de lo que los penalistas llaman “exculpación”, esto es, de supuestos en los que la conducta sigue siendo ilícita, pero en que, por razones examinadas en cada caso en concreto, no puede dirigirse un reproche penal a quien la realizó. Se trata de la operatividad de causales de exclusión de la culpabilidad, como el estado de necesidad exculpante, la fuerza moral irresistible, el miedo insuperable, y otras similares reconocidas en el artículo 10 de nuestro Código Penal. Se aduce en contra de esta solución que la causal de exculpación solo favorecería a la mujer que consiente en el aborto pero no al tercero (médico) que realiza la intervención abortiva. Es cierto que la causal de exculpación no es comunicable, pero ello no quiere decir que el tercero no pueda estar también favorecido por una causal de exculpación propia. Por ejemplo, si actuó con el propósito de salvar la vida de la madre, bien podría establecerse que lo hizo sobre la base de una fuerza moral que excluye la culpabilidad.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Cfr. Ossandón Widow, Magdalena, “Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana”, en Aguirrezabal, Maite y Bertelsen, Soledad (ed.), *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N°27, (U. de los Andes) 2015, p. 153.

<sup>43</sup> *Ibíd.*, p. 162.

## 5. Consideraciones particulares sobre las causales

### 5.1. Riesgo vital de la madre

El proyecto aprobado por la Cámara de Diputados suprimió la expresión del proyecto original que calificaba el riesgo vital de la madre como “presente o futuro”, de lo que deberíamos deducir que se exige que el riesgo de vida para la madre debe ser actual, coetáneo al momento en que se practica el aborto. Pero, por otro lado, la Cámara de Diputados suprimió la exigencia de que el diagnóstico del médico tratante fuera ratificado por un segundo médico. Siendo así, esta causal de aborto terapéutico, será más permisiva que la prevista en el texto del artículo 119 del Código Sanitario, anterior a la reforma de 1989, y que exigía la concurrencia de la opinión de dos médicos-cirujanos. El punto tiene importancia porque tal como aparece la causal, aunque haya sido restringida, dependerá, además de la voluntad de la mujer, de la voluntad no controlable externamente de una sola persona.

En todo caso, hay que convenir en que si se reconoce al embrión humano la titularidad de derechos humanos, y entre ellos el de la vida, no puede autorizarse que se le mate ni aún en aras de la preservación de la vida de la madre, porque el Derecho no puede declarar lícita la conducta de quien pretende matar a alguien para salvar la vida de otros (como también sucede con la prohibición de la tortura). No procede invocar un estado de necesidad, como piensan algunos penalistas,<sup>44</sup> ya que el estado de necesidad justificante opera bajo la condición de que lo sacrificado pueda ser evaluado como un “mal menor”, mientras que la dignidad y la vida del ser humano en gestación no puede ser objeto de ponderación, al menos en su núcleo o contenido esencial.<sup>45</sup>

Cosa diversa ocurre con el aborto terapéutico indirecto, en el cual no se busca directamente la muerte del embrión humano, pero se acepta el riesgo de que fallezca como efecto colateral y no deseado de una acción terapéutica aplicada a la madre.

44 Cfr. Bascuñán, ob. cit., p. 173 y Wilenman, Javier, “El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto”, en *Revista de Derecho*, N° 40, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2013, pp. 281 y ss.

45 García, Gonzalo, “Informe sobre la necesidad de la institucionalización del aborto terapéutico y el modelo de criminalización del aborto consentido en Chile”, Aguirrezabal, Maite, y Bertelsen, Soledad (ed.), *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 27, (U. de los Andes) 2015, p. 239, señala que esta es la opción clásica en derecho penal, expuesta por Roxin, en el sentido de que “no es posible someter a una ponderación de bienes o intereses la vida humana precisamente como consecuencia del reconocimiento de la dignidad del ser humano y la imposibilidad de su instrumentalización”.

## 5.2. Inviabilidad del embrión o feto

Aunque la causal no es tan amplia como suele presentarse en otras legislaciones (que autorizan el aborto no solo en caso de inviabilidad de la criatura en gestación sino cuando padece de malformaciones o anomalías que le permitirían sobrevivir pero con alguna inhabilidad física o síquica), lo cierto es que no es tan sencillo determinar cuándo existe inviabilidad o enfermedad letal, y cuando hay solo una grave enfermedad o malformación genética. La formulación de la causal en el proyecto aprobado –“El embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética de carácter letal”– no parece ser más clarificadora que la propuesta originalmente por el Mensaje presidencial: “El embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina”. La complejidad de este tipo de diagnóstico es mucha y no siempre los centros médicos u hospitales cuentan con los medios técnicos para realizarlo con eficacia, por lo que es probable que se espere que el feto se desarrolle lo más posible para emitir un diagnóstico certero sobre el carácter letal de su dolencia.

Nótese que esta causal no tiene plazo, por lo que el aborto podría practicarse en cualquier etapa del embarazo. Por ello, el proyecto en su actual versión contempla la posibilidad de que la criatura sobreviva al procedimiento abortivo, y ordena que el prestador de salud proporcione los cuidados paliativos que el caso exija, “tanto si se trata del parto como de la interrupción del embarazo con sobrevivencia del nacido”.

En todo caso, estamos hablando de una especie de eutanasia prenatal con el agravante de que no es consentida por el paciente y además con un amplio riesgo de error en el diagnóstico de la letalidad de la enfermedad.

Siendo así, esta causal debe ser considerada no solo contraria a los instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la vida de todo ser humano, sino en especial a la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.<sup>46</sup> Dicha Convención se aplica a “las personas con discapacidad”, entre las que se incluyen a “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (artículo 1°) Uno de los principios medulares de la Convención es la no discriminación y se entiende por discriminación, en este caso, “cualquier distinción, exclusión

---

<sup>46</sup> Fue promulgada en Chile por el Decreto Supremo N° 201, de 2008 (Diario Oficial 17 de septiembre de 2008).

o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo” (artículo 2). Además, la Convención se refiere en especial a los niños y niñas, y ordena a los Estados tomar todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, así como aplicar en todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, la consideración primordial consistente en la protección del interés superior del niño (artículo 7).

Ya hemos visto que la expresión “niño” comprende también al ser humano concebido, conforme a la interpretación de la Convención de los Derechos del Niño. De esta forma, no puede haber duda que un proyecto de ley, como el que se comenta, que permite que se le destruya por el hecho de tener una enfermedad que le podrá provocar la muerte después del nacimiento, está incurriendo en una discriminación con motivo de discapacidad y está subordinando el interés del niño o niña discapacitada a los intereses de adultos, todo lo cual contraviene la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.

Esta contravención provoca una inconstitucionalidad de la causal en virtud del artículo 5 inciso 2° de nuestra Constitución.

### 5.3. Violación

El proyecto aprobado por la Cámara de Diputados conservó esta causal de legalización del aborto, consistente en ser el embrión humano el resultado de una violación, aunque acortó el plazo para su realización en caso de una mujer menor de 14 años, de dieciocho semanas de embarazo a catorce.

Sin embargo, se mantiene la idea de que no es necesaria ninguna denuncia o pesquisa judicial en orden a determinar la efectividad de la agresión sexual. Por eso no se habla de un delito de violación sino de “una violación, en los términos del inciso tercero del artículo siguiente”. Pero este inciso no precisa qué debe entenderse por violación, y delega en un “equipo médico” la facultad de determinar los hechos que pueden constituir esta violación: “En el caso del número 3) del artículo 119, un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, confirmará la concurrencia de los hechos que lo constituyen y la edad gestacional...”.

Nos parece que esta delegación de la determinación concreta de la causal en un equipo médico cuya integración, funciones y mecanismos de control se desconocen, vulnera el artículo 63 N° 3 de la Constitución en cuanto encomienda la fijación del contenido de la causal a una normativa *ad casum* emanada por un órgano sin regulación alguna, cuando lo menos que debe pedirse es que la causal por la que va a proceder la privación de la vida de un ser humano sea materia de ley, puesto que son tales aquellas que “son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra”. Así se deduce, por lo demás, del mismo proyecto de ley que introduce las normas que regulan el aborto en los Códigos Sanitario y Penal.

Como es sabido, los embarazos resultantes de violación son propios de un abuso sexual de niñas o adolescentes, que ha sido reiterado en el tiempo, pero en el que no se siguen signos de violencia física como sucede en una violación obtenida por fuerza, por lo que será muy complejo determinar si hubo agresión sexual o no y la menor se verá presionada por sus parientes, incluido quizás el mismo abusador, a eliminar a la criatura concebida.

Debe añadirse que, reconociendo lo doloroso que puede resultar para la mujer, llevar a término un embarazo que ha sido el resultado de un vejamen a su dignidad y libertad sexual, debe considerarse que no puede el Derecho justificar que se prive de la vida a un ser humano que es del todo inocente del aborrecible atentado a la mujer. Nuevamente, no cabe aquí ponderación de intereses o derechos, y en todo caso dicha ponderación no podría jamás lícitamente afectar el contenido esencial del derecho a la vida del embrión humano.

No deja de ser paradójico que si alguien propone que el agresor sea castigado con la pena de muerte, este castigo sea inmediatamente rechazado en razón de que hasta el más miserable de los criminales tiene derecho a que se respete su dignidad humana y su derecho a la vida. ¿Por qué entonces se admite que alguien totalmente ajeno al delito cometido tenga que sufrir, sin juicio ni debido proceso, una pena que sería considerada inhumana si se aplicara al culpable de la violación?<sup>47</sup>

---

47 En este sentido, García-Huidobro, Joaquín y Martínez Barrera, Jorge, “El problema político del aborto”, Aguirrezabal, Maite y Bertelsen, Soledad (ed.), *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N°27, (U. de los Andes), 2015, pp. 24-25.

## 6. Conclusiones

De este largo recorrido podemos mencionar las conclusiones siguientes:

1°) En el ordenamiento jurídico vigente está contemplado el aborto terapéutico en la medida en que la muerte del embrión o feto sea una consecuencia indirecta de una acción para preservar la vida o la salud de la madre.

2°) El proyecto de ley, pese a su título, no pretende despenalizar el aborto en tres causales, sino que legitimar su realización como un derecho de la mujer y concederle el estatus de prestación médica obligatoria para el personal médico.

3°) El principio de universalidad de los derechos humanos sirve de fundamento para reconocer que el embrión humano, en cuanto se trata de un individuo de la especie humana, es titular de derechos humanos propios y, particularmente, el derecho a la vida.

4°) La titularidad del embrión humano sobre el derecho a la vida aparece consagrado en diversos instrumentos del Derecho Internacional de Derechos Humanos, especialmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de Derechos del Niño.

5°) La titularidad del embrión humano sobre el derecho a la vida está consagrado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política.

6°) La calidad de sujeto de derechos (persona) del ser humano concebido y no nacido está fuertemente arraigada en la legislación chilena. Una recta interpretación del artículo 74 del Código Civil obliga a reconocer que no es efectivo que la subjetividad o personalidad se atribuya solo con el nacimiento.

7°) Los argumentos que se ofrecen para defender el aborto aun cuando se pueda reconocer la calidad de sujeto de derechos del embrión humano: despenalización por razones de política criminal, la ponderación de derechos, lo supererogatorio que sería tolerar el aborto en ciertas causales o la no exigibilidad de otra conducta, no son aceptables para justificar o declarar lícita la conducta abortiva porque ello iría contra la inconmensurabilidad del derecho a la vida y la necesidad de proteger la dignidad de la criatura humana en su desarrollo gestacional para permitir su alumbramiento. Dichos argumentos pueden ser eficaces si configuran causales de exculpación de la mujer que aborta y del tercero que se lo practica, lo que necesitará de un examen en concreto respecto de las circunstancias y su influencia en el caso específico.

8°) En la medida que el proyecto de ley se propone justificar y consagrar el aborto como un derecho de la mujer, limitado por ahora a tres causales, desconoce la titularidad del embrión humano sobre su derecho a la vida y, por

ello, infringe el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y además contradice las normas y principios de la Constitución Política, y se pone en frontal contradicción con el conjunto del ordenamiento de jerarquía legal que crecientemente ha ido reconociendo que la criatura que está por nacer debe ser considerada un ser humano con todos los derechos que corresponden a esa calidad.

9º) Las normas del proyecto de ley que permiten el aborto en caso de una enfermedad letal del embrión violan la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad y, por ello, son también inconstitucionales dado lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2º de la Constitución Política.

10º) Las normas del proyecto de ley que autorizan el aborto por “violación” deben considerarse contrarias a la Constitución por no respetar la reserva legal contenida en el artículo 63 N° 3 de dicha Carta, al permitir que sea un “equipo médico” el que determine en qué consiste en los hechos la conducta que autorizaría la causación de la muerte del embrión humano.