



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO

**ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEY 21.030 CON RELACIÓN AL
DERECHO A LA VIDA, DESARROLLO Y SUPERVIVENCIA
CONSAGRADO EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS DEL NIÑO Y LA NIÑA.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

KAREN JARA ARAYA

ROSARIO MATTA ORTÚZAR

PROFESOR GUÍA: MILITZA GLASINOVIC GÓMEZ

Santiago, Chile, 2020

Queremos Dedicar la presente memoria, en especial a cada miembro de nuestras familias que, sin su ayuda durante estos años de Universidad, el apoyo incondicional que nos brindaron habría sido imposible cumplir con los objetivos que nos propusimos.

INDICE

| | |
|-------------------|---|
| INTRODUCCIÓN..... | 7 |
|-------------------|---|

CAPÍTULO PRIMERO

| | |
|--|----|
| EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE INFANCIA HASTA SU PLASMACION EN LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO..... | 11 |
| I. Evolución de la significancia de niñez | 13 |
| II. La Convención Internacional de los Derechos del Niño en Nuestra Constitución Política..... | 21 |
| III. Recepción de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y su aplicación en Chile..... | 22 |
| IV. Sujeto de protección de la CIDN | 26 |

CAPÍTULO SEGUNDO

| | |
|---|----|
| CONCEPTUALIZACION DEL DERECHO A LA VIDA..... | 33 |
| I. Alcances del Derecho a la vida según el acta constitucional..... | 38 |
| II. Concepciones del Derecho a la Vida..... | 39 |
| I. El derecho a la vida entendido como el derecho a vivir y permanecer con vida | 39 |

| | | |
|------|--|----|
| II. | El derecho a la vida entendido como el vivir bien o vivir con dignidad..... | 41 |
| III. | El derecho a la vida como el derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir de inmediato..... | 44 |
| IV. | El derecho a la vida como a no ser muerto o asesinado..... | 46 |
| V. | El derecho a la vida entendido como el que no nos maten arbitrariamente..... | 49 |

CAPÍTULO TERCERO

| | | |
|------|---|----|
| | ANALISIS JURIDICO DE LA LEY N° 21.030 | 53 |
| I. | Objetivos del mensaje del nuevo proyecto de ley | 59 |
| II. | Diferencia entre aborto e interrupción..... | 61 |
| III. | En qué consiste la modificación legal | 62 |
| IV. | Mecanismos diferenciados en la ley para mujeres según su edad | 66 |

CAPÍTULO CUARTO

| | | |
|----|--|----|
| | VULNERACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA LEY N° 21.030 EN RELACION A LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO..... | 73 |
| I. | Problematización de las 3 causales con el derecho a la vida | 78 |

CAPÍTULO QUINTO

| | | |
|-----|---|----|
| | EL ABORTO EN EL DERECHO COMPARADO, ARGENTINA..... | 84 |
| I. | Proyecto restrictivo | 88 |
| II. | Proyectos Progresistas Moderados..... | 92 |

CONCLUSIÓN.....98

BIBLIOGRAFÍA.....102

INTRODUCCIÓN

El debate que rodea al aborto no ha dejado indiferente a nadie, existen muchísimas posturas al respecto, para algunos, se estaría frente a una vida que no alcanza a ser una vida humana. Hablar de aborto no es sencillo, en el caso de Chile es legal únicamente en tres causales desde el año 2017, tras años de proyectos presentados que no tuvieron buena acogida en el Congreso. Desde el 2004 que se venía planteando la posibilidad de legalizarlo sin tener asidero en la bancada parlamentaria, principalmente o más bien, debido a que Chile siempre ha sido un país conservador, mayoritariamente católico, marcado por una agenda de valores impulsada por los parlamentarios.

El siguiente trabajo de investigación, plantea la controvertida figura del aborto. De ahí que, para comprender el alcance que tiene en la sociedad, dado que el aborto involucra una serie de factores sociales, históricos, éticos y jurídicos que van definiendo la evolución del tratamiento positivo del mismo. Para tener un mayor conocimiento en este tema, es necesario hacer un recorrido histórico desde sus orígenes y primeras legislaciones en las cuales se introdujo.

Se desarrollará en 6 Capítulos , finalizando con un acápite dedicado a derecho comparado donde consideramos que es de suma importancia revisar cómo esta figura ha sido despenalizada en otros ordenamientos jurídicos , para tal efecto, se analizará el caso de Argentina, debido a que fue en ese país donde comenzó y se originaron diferentes movimientos exigiendo libertades para las mujeres y más derechos. El movimiento “Ni una Menos”, que exigía el fin de los delitos contra las mujeres solamente por el hecho de serlo, tuvo una enorme repercusión a nivel mundial, llegando a países asiáticos y musulmanes donde si existen vulneraciones a los derechos de las mujeres .

En el caso de Chile se ha ido avanzando paulatinamente en temas de vulneración de derechos de las personas, ya sean hombre o mujeres. El año 2020 será reconocido por dar enormes pasos en dos temas importantísimos, el primer la ley de imprescriptibilidad de abuso sexuales contra menores, el delito de femicidio y sanción moral que genera en la sociedad vino a zanjar esa deuda que mantenía el Estado con las víctimas de delitos cometidos por

parte de sus parejas, ya no solo se considera femicidio quien muere a manos de su marido, conviviente o ex conviviente, sino también aquella que perece durante una relación de pololeo.

Como es sabido, en la gran mayoría de las legislaciones no se contemplan situaciones especiales respecto del aborto, que generalmente son entendidas como causales de justificación. Los criterios y causales que consideró la legislación chilena al momento de aprobar el aborto fueron únicamente en tres causales. En Chile, antes de la reforma de 2017 el Código Sanitario establecía perentoriamente que no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto, pese a lo cual buena parte de la doctrina seguía considerando que el ejercicio de una profesión u oficio podía considerarse causa de justificación en el supuesto de un aborto terapéutico.

Dicha disposición fue modificada por la Ley N° 21.030, de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Pese a la referencia a una despenalización, que parecía aludir al mero hecho de prescindir de sanción penal, la nueva regulación termina por legalizar la conducta en los supuestos planteados. En efecto, despenalizar significa, esencialmente, eliminar la sanción penal, mientras que legalizar implica considerar la conducta conforme a Derecho. La sola despenalización no implica necesariamente que una conducta hasta entonces prohibida y sancionada como delito pase a estar permitida o, más aún, que exista un derecho a realizarla; pero podría llegar a tener ese efecto dependiendo de si existen otras disposiciones en el Derecho Penal.

En nuestro sistema jurídico hay situaciones en que está permitido matar a otro. Sin embargo, los únicos casos en que resultaba lícito acabar con la vida de otro ser humano eran aquellos que se enmarcan en un contexto de defensa frente a una agresión. Esto es lo que ocurre en las situaciones de legítima defensa, de guerra defensiva e, incluso, cuando se aplicaba la pena de muerte como defensa social frente al delincuente agresor y también, aunque de modo menos evidente, en las situaciones de estado de necesidad defensivo. Se entiende como principio general que la vida no puede ser sacrificada en favor de otros bienes ni de otras vidas, porque la vida de un ser dotado de dignidad no puede ser ponderada con

otros bienes. Así, el principio que rige en nuestro sistema jurídico es que nunca está justificado matar a un ser humano inocente.

Considerando que el que está por nacer es un individuo de la especie humana, es decir, es un ser humano y que no es responsable de agresión alguna, entonces no cabría estimar lícita, en ninguna circunstancia, la conducta dirigida a acabar deliberadamente con su vida. Si se acepta como lícito acabar con la vida de un no nacido en ciertas circunstancias, en las que — mutatis mutandis— no aceptaríamos como lícito matar a una persona ya nacida, entonces estaríamos aceptando que existen seres humanos de primera y de segunda categoría, lo que constituye una discriminación inaceptable. Algunos llevan a cabo esta discriminación reconociendo el carácter de persona únicamente a los nacidos, pero eso es contradictorio con la teoría de los derechos humanos, en cuanto con ella se pretende conseguir el reconocimiento igualitario de todos los seres humanos.

La vida desde una mirada religiosa es vista como un regalo de Dios, el regalo más importante. Según el judaísmo, la vida representa a la persona que va a tener una misión aquí en la tierra, la vida representa que alguien viene al mundo porque es importante. A Dios le interesa que esa persona esté y que haga su aporte. Nadie tiene derecho a decidir sobre la vida del otro.

En la perspectiva bíblica, la vida en su expresión máxima es la vida divina, el hombre que propiamente vive es el que está unido a Dios, el que vive conforme a Dios. El hombre vive más perfectamente cuanto más participa del amor y del conocimiento que Dios mismo tiene. De manera que, en la nobleza de esa vida, Dios es más conocido y amado. La grandeza de la vida humana auténtica conduce a ensalzar y alabar a su Creador. A esto se le llama "la gloria de Dios". Por eso puede afirmarse que es la fe bíblica la que mejor asegura *la dignidad de la persona humana*, en cuanto que revela que ha sido creada de modo irreplicable por Dios y redimida por Jesucristo¹.

El Corán explica fundamentalmente en sus varios versículos su punto de vista sobre la vida humana y la vida más allá del islam, y la relación entre sí. Por lo general, el Islam no sobresale

¹ PELLITERO, Ramiro, profesor de Teología. <https://www.unav.edu/web/facultad-de-teologia/detalle-opinionprofesores2/2015/09/10/sobre-el-valor-especial-de-la-vida-humana?articleId=7306438>

una espiritualidad que abandona el mundo con una postura materialista, sino que prefiere un camino medio. El versículo de la sura Al-Qasas: *“Y trata de ganarte el Paraíso con lo que Allah te ha concedido, y no te olvides que también puedes disfrutar de lo que Allah ha hecho lícito en esta vida. Sé generoso como Allah lo es contigo, y no corrompas la Tierra; ciertamente Allah no ama a los corruptores”*. Este versículo revela que la prioridad de los humanos debe ser trabajar para la felicidad en la vida más allá y al mismo tiempo sugiere no olvidar el mundo y transformar este mundo efímero más viable compartiendo las gracias de Allah con otra gente².

² <https://www.trt.net.tr/espanol/programas/2016/03/25/concepto-de-vida-del-islam-y-el-balance-entre-el-mundo-y-la-vida-mas-alla-456033>

PRIMER CAPÍTULO

EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE INFANCIA HASTA SU ESTABLECIMIENTO EN LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Que hoy en día se cuente con un Tratado Internacional como la Convención Internacional de los Derechos del Niño, (en adelante CIDN), no ha sido una tarea sencilla, como tampoco rápida. En efecto, en el año 1945, la Carta de las Naciones Unidas otorga las bases de esta Convención, al ordenar a todos los países la promoción y aliento al respeto de los derechos humanos como también de las libertades fundamentales de todas las personas. En línea con lo anterior, el año 1948 fue aprobada la Declaración Universal de los Derechos Humanos, instrumento que toma relevancia en nuestro estudio, toda vez que se hace cargo de dar un concepto de familia, entendiéndola como *elemento natural y fundamental de la sociedad*³.

Tras los horrores cometidos por el régimen nazi y descubiertos tras el término de la Segunda Guerra Mundial, una terrible situación de vulneración a los derechos humanos, constante y sistemática quedó descubierta, lo que hizo indispensable tomar conciencia al respecto. Esa fue la razón por la cual se plasmaron y crearon en las Naciones Unidas la Declaración de los Derechos Humanos, todo a partir de 1948.

Con el correr del tiempo, se fueron redactando diversas Declaraciones por organismos internacionales, las cuales contenían una clara intención moral y ética respecto de la protección a los niños. No obstante, lo anterior, no podían ser considerados como instrumentos jurídicos vinculantes propiamente tales. La normativa internacional comenzó a tomar fuerza, a través de pactos, los cuales se instauran en este esquema para dotar de validez y reconocimiento formal a los derechos humanos. Una primera positivización de derechos que realizan estas Convenciones se da en el año 1986, con la redacción de dos instrumentos: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos

³ Disponible en https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30197.html. Consulta 3.12.18

Económicos, Sociales y Culturales. Estos instrumentos, como ya se dijo, llegan a la palestra normativa para transformar a las declaraciones en instrumentos jurídicos vinculantes a los Estados parte. Estos instrumentos se basan en los derechos y principios que se contienen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Por su parte, los derechos de la infancia siguen la misma línea que los pactos anteriormente dichos. En otras palabras, los derechos de la infancia en un inicio eran contemplados como parte integrante de Declaraciones, y al carecer estas de poder vinculante, se entregaba una protección meramente aparente. Es por lo anterior que, en el año 1978, se propuso un borrador de la Convención de los Derechos del Niño, teniendo como base la declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Terminada la redacción del proyecto, se encomendó a un grupo de las Naciones Unidas la revisión de este borrador, dándose finalmente la aprobación de los Estados miembros de las Naciones Unidas tras la Asamblea General de Las Naciones Unidas el día 20.11.1989.

Cabe hacer presente, que la Convención de los Derechos del Niño se transformó en un instrumento jurídicamente vinculante en septiembre de 1990 luego de haber sido ratificada por 20 Estados parte. Hoy en día, se trata del tratado de derechos humanos más ratificado en la historia⁴.

Como se podrá entender, la CIDN reúne los Derechos Humanos de la infancia que se encontraban articulados en otros instrumentos internacionales, pero esta vez de una forma completa y armónica, planteando principios que darán los lineamientos básicos para entender el concepto que se tiene por este instrumento, de la infancia. Cuando hablamos de Convención, debemos entender que es un instrumento que se aplica a todas las personas, pero que en su contenido hay protecciones especiales para grupos vulnerables, son los niños y niñas. Junto a lo anterior, la CIDN ofrece medios necesarios para permitir que todas las personas puedan desarrollarse como tales y desempeñar su potencial, exigiendo así mismo la prestación de recursos, contribuciones específicas e inclusive actitudes necesarias tendientes a asegurar la supervivencia y el desarrollo de la infancia. Como si fuese poco, la protección

⁴ Obs. cit 1. Consulta 3.12.18

de la CIDN se extiende a mecanismos para proteger a la infancia contra el abandono, explotación, los malos tratos o inanición.

Una prerrogativa que tiene el ser humano intrínseca a su condición es el derecho a la vida, el cual no puede esbozarse de forma libre, sin darle un sustento en la realidad mediante algún instrumento jurídico que garantice su debida protección y respeto. En otras palabras, hablamos en este punto de la concretización que realiza la CIDN de los derechos de la infancia. A nuestro juicio, es útil recalcar, que todas las personas que habitan en el planeta tierra tienen exactamente los mismos derechos humanos, de esta forma, entendemos que los niños y las niñas tienen los mismos derechos que una persona adulta en la sociedad, una persona anciana en la sociedad o incluso, una persona que está por nacer.

Pero, sin perjuicio de lo anterior, es necesario reconocer el especial estado de vulnerabilidad que presentan los niños en las sociedades, siendo esta la principal razón para reconocerles derechos en específico que permitan a la sociedad toda reconocer las necesidades de los niños para así satisfacerlas y garantizar el debido desarrollo del niño o la niña. En línea con lo anterior, incluimos en este momento lo conceptualizado por el preámbulo de la CIDN el cual considera *“Que de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (...) Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad (...) Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del niño, el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento⁵”*.

Es cierto que los niños nacen dentro de una familia -considerando en este punto que hay muchas formas de hacer familia-, por lo que resulta natural que este grupo humano asuma la responsabilidad de la vida que se está iniciando.

⁵ PREAMBULO CIDN pág. 5 a 8

I. Evolución de la significancia de niñez

El autor Ignacio Campoy Cervera, en su libro *“evolución en el reconocimiento y la protección internacional de los derechos de los niños”* plantea dos grandes concepciones que permitirían comprender cómo se han entendido los niños en la historia. Así, en primer lugar, sostiene una posición extrema en que conceptualiza a los niños *como propiedad de los padres* y, en segundo lugar, plantea una posición moderada como *la consideración del niño*.

Así las cosas, se perfila en un inicio la concepción de los hijos como *propiedad de los padres*, la cual se extiende hasta aproximadamente el siglo XVII momento en el cual podríamos situar el proteccionismo⁶ como modelo de resguardo a los niños. En este sentido, es interesante mencionar el pasaje de Bajo y Beltrán el cual guarda como propósito aclarar los derechos y deberes de los padres con los hijos: *“Pero durante mucho tiempo la concepción de la autoridad del padre de familia, reflejo de la autoridad de Dios mismo, permaneció muy similar a la del antiguo derecho romano. No obstante, desde comienzos del siglo XVII fueron cada vez más numerosos los reformadores católicos que evocaron al margen del cuarto mandamiento -honrarás a tu padre y a tu madre- los deberes de los padres para con sus hijos”*⁷.

De la mención transcrita podemos descifrar que ha llegado como herencia a nuestros días, la figura del *paterfamilias* romano como principal representante de esta interpretación patrimonial que se le puede dar a los hijos. No obstante lo anterior, importante es señalar que esta concepción no nace con los romanos, sino que inclusive se perfila con anterioridad a ellos, como se puede apreciar en el *Código de Hammurabi* en donde se regularía la potestad del padre de vender temporalmente para el pago de sus deudas como también podemos mencionar como ejemplo de esto las leyes mosaicas en las cuáles se observa una sumisión total del hijo a la voluntad de los padres al establecerse incluso la pena de muerte para el hijo rebelde, establece en el *Deuteronomio*: *“Si uno tiene un hijo indócil y rebelde, que no obedece a sus padres ni a la fuerza de castigos, los padres lo llevarán a los ancianos a las*

⁶ CAMPOY pág. 102

⁷ BAJO, Fe y Beltrán, José Luis: Breve historia de la infancia, pág. 35

*puertas de la ciudad y les dirán “Este hijo nuestro es indócil y rebelde, no nos hace caso; es un libertino y un borracho; entonces todos sus conciudadanos lo matarán a pedradas”*⁸.

A esta forma de ver los niños en relación con sus padres debemos adicionar lo que considera tanto Aristóteles como también Platón al respecto. En el planteamiento de ambos autores se observa una clara defensa de lo que fue una de las bases de la sociedad ateniense: la consideración sobre el respeto reverencial debido por los hijos a los padres y el gobierno consiguiente de los padres, conforme a su voluntad, de la vida de sus hijos. En primer lugar, Platón al intentar explicar su modelo de ciudad ideal, derrumba para la constitución hipotética de su república, el modelo existente en la sociedad ateniense en cuanto a las relaciones entre los padres y sus hijos. Para este autor, sólo en la configuración de *Las leyes* de una ciudad, defiende con fuerza este tipo de relaciones entre padres e hijos. En segundo lugar, encontramos la postura de Aristóteles, quien con afán de dar soluciones reales o posibles a los problemas de la polis griega, asume la defensa de la postura que estamos esgrimiendo.

Con todo, el pensamiento de ambos autores configura este pensamiento que venimos señalando acerca del niño como “propiedad”. Platón por su parte describe que el hijo ha de considerar “*que todo aquello que posee y tiene, todo es de los que le engendraron y criaron, y ha de ponerlo a su servicio en la total medida de sus fuerzas, empezando por los bienes de su fortuna, seguidos por los del cuerpo y terminando con los del alma*”⁹. En esta misma línea podemos encontrar otros pensamientos del mismo autor que perfilan, por ejemplo, cuando se habla de la necesidad de obedecer a los padres, de impedir que a los hijos les falte algo, de proporcionarles siempre el cuidado debido como, por último, *la necesidad de que uno sea esclavo de sus progenitores*¹⁰. Para Platón, este respeto y obediencia a los padres habría de durar toda la vida, cesando sólo en la eventualidad de denuncia del hijo del mal estado mental del padre, por enfermedad o vejez, y tras el correspondiente proceso para constatar su veracidad, se determinase su incapacidad para ejercerlas correctamente¹¹.

⁸ DEUTERONOMIO 21, 18-21 y FALK, Zeve W.: Hebrew law in bíblica times. An Introduction, Wahrmann books, Jerusalem, 1964, p.114.

⁹ PLATÓN: Las leyes, 717b-c

¹⁰ PLATÓN: La república 463d

¹¹ PLATÓN: Las leyes, 932 a-d y 929 d-e

Esta concepción del niño como propiedad del padre no se queda en una simple construcción teórica de la doctrina, sino que se efectivamente tuvo aplicación ideal en dos de las civilizaciones más grandes de la historia de la humanidad: Atenas y Roma. En ambas sociedades, el poder del padre se caracterizaba por ser de entidad absoluta, lo que coincide con la visión expuesta, que considera al hijo propiedad del padre. Sustento a estas últimas afirmaciones las encontramos de la mano del profesor Jacques Ellul, quien realiza un análisis de este elemento en ambas sociedades mencionadas. En la primera, Atenas, desarrolló la familia en sentido estricto, que constituía una unidad jurídica: el padre era el rey en su hogar, quien siempre ha tenido un poder absoluto; disponía, según el Derecho, de la vida y la libertad de los miembros de la familia, podía repudiar a su mujer o exponer y vender a sus hijos, entre otras¹². En segundo lugar, el autor se refiere al período que comprende entre el siglo V y el año 134 a.C, quien sostiene que la sociedad Romana se configuraba con el *pater* como jefe de hogar, quien tenía una potestad absoluta e irrestricta. Una de las principales características que destaca el autor de este sujeto de la sociedad en Roma, es respecto de la potestad de su *manus*. Bajo esta prerrogativa, el pater tiene una autoridad sin límites, pudiendo, v.gr. vender a los hijos como esclavos en el extranjero o bien en Roma a otro pater; excluir a los hijos de la familia; entregar a un hijo a otro pater para compensarle por un delito cometido por ese hijo; ordenar el abandono de los recién nacidos. En el fondo, condenar a muerte a un miembro de la familia, ya sea en un aspecto social, personal e inclusive vital.

Durante el período que comprende esta primera concepción del niño (antigüedad hasta Siglo XVII), se sostiene que los niños eran considerados como seres humanos imperfectos, a diferencia de los adultos que serían los seres humanos perfectos. Por otro lado, una gran parte de la sociedad estimaba que había una ausencia de valor propio del niño pues lo que se entendía es que solo los que tenían valor propio eran los adultos. Esto se entiende porque la concepción de niñez se caracterizaba principalmente por atributos negativos, lo que catalogaba al niño como ser humano imperfecto. El adulto era considerado un humano perfecto porque se le reconocía un auténtico valor en grupos sociales tales como *la familia, la gens, la polis, el gremio, el clan, el estamento, entre otros*¹³. Sin perjuicio de lo anterior,

¹² ELLUL, Jacques, Historia de las instituciones de la Antigüedad. Instituciones griegas, romanas, bizantinas y francas, pág. 36

¹³ CAMPOY pág. 54

la sociedad tiene conocimiento que los niños son seres humanos que se encuentran – en palabras de Aristóteles – en potencia de ser perfecto, puesto que con su desarrollo y crecimiento serán adultos un día. Lo que se da a entender con esto, es que la cuestión de la falta de valoración del niño se conecta directamente con una falta de interés que se tiene para el niño por todos, debido a la alta tasa de mortalidad existente en las sociedades de esos tiempos (S.XVII), es decir, el gran número de muertes que había en la población infantil fue una razón importante para entender la no estimación en demasía de la vida del niño o niña en sus primeros años. No obstante, el autor plantea que no es de toda correcta la hipótesis que identifica la mortalidad infantil con la falta de consideración de los niños, por tres motivos. En primer lugar dice que los índices de mortalidad infantil han sido un mal que nuestras sociedades modernas han ido absorbiendo y reduciendo con mayor efectividad solo en las últimas décadas; “(...)el gran fracaso colectivo que supone que se sigan manejando cifras como las que señalaba UNICEF en su último informe del estado mundial de la infancia en 2005, la mortalidad infantil supone que 29.158 niños y niñas mueren a diario en el mundo antes de cumplir los 5 años (la mayoría por muertes evitable), existiendo miles de niños y niñas que viven en la pobreza, 1 de cada 2. Esta situación no significa solo una constante y formidable negación de un auténtico compromiso ético de las sociedades, fundamentalmente la de los países más industrializados que teniendo medios para paliar esa situación no actúan con la suficiente energía y determinación, sino también un flagrante incumplimiento de los compromisos libremente asumidos por las naciones”¹⁴, sin que ello haya supuesto un avance o superación de la ausencia de la valoración del niño.

Un segundo argumento que se entrega para descartar la falta de valor propio del niño como justificación a la mortalidad infantil es que las altas tasas de mortalidad no se van a justificar por la ausencia del valor de la persona del niño, extendiéndose después de los primeros años de vida (donde existía la mayor tasa de mortalidad) ya que la ausencia del valor propio estaba en ausencia durante toda la niñez. Por su parte, esta hipótesis nos sostiene que si esta fuera la razón se justificaría la recurrente práctica del infanticidio ya que pareciese lógico relacionar en ese caso que la alta tasa de mortalidad fuese relacionada con sacrificios tanto de la sociedad como de sus propios padres. Una tercera y última hipótesis, sostiene que

¹⁴ CAMPOY pág.57

existe un amor paternal, tal cual lo entendemos actualmente; distinguiendo por una parte la falta de empatía hacia el niño y por otro lado la concepción del niño como parte del propio padre.

Como habíamos adelantado, el autor visualiza, asimismo, una concepción moderada, la cual comprende la consideración del niño.

Con la aparición del cristianismo se comienzan a cuestionar algunos planteamientos ya asumidos que se relacionaban con la postura del niño como propiedad, generando un cambio de esa apreciación a un valor intrínseco de la vida humana, con lo que se fue abriendo paso a la idea de que el niño merecía una estimación propia; produciéndose un cambio trascendental ya que la figura del niño se iría desligando poco a poco de su apreciación como un futuro adulto, adquiriendo un sentido propio solo siendo niño. Con estas nuevas directrices, se moldea una nueva forma de ver a la niñez, provocando con ello un valor intrínseco por su humanidad. Este concepto fue definido a pesar de que existían carencias e incapacidades que tenían los niños, pero se logra apreciar también cada vez con más fuerza las cualidades positivas de la infancia. En la evolución influirán dentro del pensamiento cristiano también otros cambios como lo era la institución del aprendizaje y la incorporación de niños de familias ajenas a las suyas o incluso en gremios.

Otro punto importante sobre la valoración del niño es la crítica que se tuvo por una práctica tan extendida y aceptada que consistente en el azote a los alumnos, entendiéndose como motivaciones de la ineficacia de un método educativo, donde nos dan muestras evidentes de que la misma debe tener como base un respeto por la propia persona del niño entendiéndose su repugnancia ante también los actos sexuales a los que a veces se sometía a los niños con el abuso de dichos abusos corporales. Así es como categóricamente se comienza a dar un rechazo a los azotes propinados a infantes, ya que podemos añadir, que este acto de azotar trae aparejado dolor, miedo y vergüenza para el niño. Esta percepción negativa se empieza a obtener por un crecimiento en sentimiento de empatía hacia los niños según el pensamiento cristiano. De hecho, lo relacionan con las palabras de Jesucristo, a quien interpretaban como una defensa de la valía de las cualidades propias del niño tanto por su sencillez, inocencia y pureza; lo que significaría que el niño también debía ser estimado por sus propias cualidades. *“La idea del niño como posesión y propiedad de los padres siguió*

dominando las actitudes y los actos de estos en la época estudiada de los siglos anteriores y posteriores. Pero los peligros inherentes a esta concepción habían sido ampliamente reconocidos, y la saludable intervención de las autoridades externas a las familias había hecho algunos modestos progresos. A esa concepción del niño como un bien se habían unido otras más favorables, una idea del niño como ser por derecho propio, como un ser “grandeza potencial” y una idea de la infancia como etapa de la vida característica y formativa. Dado el carácter de la sociedad medieval, no es de extrañar que el clero desempeñara un papel destacado en la difusión de actitudes e ideas más humanas. Tampoco lo es que los intentos de poner en práctica las leyes y los preceptos fueran en esta esfera como en otras muchas titubeantes y a menudo ineficaces”¹⁵.

El niño en la edad media antes de partir la edad de inclusión en el mundo laboral seguía sin tener un valor destacable pero una vez incorporado como aprendiz, en un taller artesano, por ejemplo, lo que podía hacer a una edad temprana (los 7 años) era encuadrarse en una estructura laboral diferente. En otras palabras, que otra persona toma el rol de maestro o cabeza de familia, ejerciendo sus funciones de padre, provocando consecuentemente que adquiría un valor propio. En este sentido se puede observar que a temprana edad el niño tomaba una independencia con su incorporación en el mundo laboral adulto. Esta situación tuvo su reflejo en el renacimiento italiano, así como señala el autor James Bruce Ross en su estudio, nos dice: *“Esa separación (la que se produce de forma radical entre el niño y su familia) se producía por lo general en la etapa siguiente, el aprendizaje con un mercader, banquero, escultor, pintor, herrero o en casos más raros, el ingreso en una escuela secundaria a fin de prepararse para ser notario o para entrar en una universidad. Esta etapa de desarrollo, desde los 10 o 12 años, marca el comienzo de una nueva vida para el niño, una vida que conducía a una temprana madurez e independencia”¹⁶.*

¹⁵ EN MC LAUGHLIN, Mary Martin: Supervivientes y sustitutos: hijos y padres del siglo IX al siglo XIII, cita., pág. 204 y 205.

¹⁶ EN ROSS, James Bruce: El niño de clase media en la Italia urbana del siglo XIV a principios del siglo XVII, en dMause, Lloyd (ed.): historia de la infancia, cita., pág.253

En el judaísmo, en relación a la infancia, las fuentes judías básicamente marcan tres etapas distintas. La primera es entre que el niño nace y adquiere conciencia, la segunda cuando empieza a ser letrado y la tercera cuando tiene mayor noción moral y de su entorno.

Se considera que el final de la primera etapa llega alrededor de los tres años; a esta edad el niño ya está configurado como individuo, ya reconoce plenamente a sus padres y se comunica con ellos. Esto se celebra con una tradición llamada “upsherin” en donde al cumplir los tres años se realiza el primer corte de cabello al niño, lo que se está festejando es la evolución que ha tenido. El halajá también reconoce un cambio a partir de esta edad, en leyes sobre cómo educar a los hijos se les recuerda constantemente a los padres la carencia de conciencia que un niño de esta edad tiene, está determinadamente prohibido pegarles y se les recuerda que el niño a esta edad no tiene ninguna obligación halájica. Usualmente no se les enseña ninguna norma ni mitzvá antes de que cumplan esta edad.

La segunda etapa que se rescata en los textos judíos es la etapa en la que el niño empieza a desarrollar curiosidad intelectual por el mundo que lo rodea; los textos recomiendan que sea a esta edad que se le empiece a enseñar a leer. En las escuelas y yeshivot existe una tradición muy antigua de enseñar al niño a leer con miel, se escriben las letras en una tabla de tal forma que siguiendo la forma de la letra con su dedo o con la lengua puede saborearla mientras la aprende. Constantemente los textos nos recuerdan que es muy importante fomentar el interés del niño en esta etapa.

Si bien se considera que la persona no adquiere conciencia moral plena hasta la edad de Bar / Bat Mitzvá (12 o 13 años), es a los nueve que empieza a tomar conciencia moral. Si a los cinco años, el niño sólo tiene responsabilidad sobre su estudio, a los nueve ya se hace responsable de casi todas las leyes judías y aunque aún no se considera que sea acreedor a un castigo por incumplirlas se espera de él que las lleve a cabo. Incluso en épocas del Sanhedrín a los nueve años una persona ya podía ser llamado frente a una corte judía y ser juzgado por crímenes graves como pegar a los padres. Pirkei Avot remarca el nuevo surgimiento moral señalando que es a los diez años que uno empieza a aprender de la

Mishná¹⁷. Eso implica que a esa edad uno está envuelto con disertaciones internas sobre la forma de actuar correctamente. Es el final de lo que sería la etapa infantil.

Si bien la conciencia moral empieza a forjarse a los nueve años, no es sino hasta los doce o trece años que realmente se termina de desarrollar. Y es a esta edad en que la persona entra a la etapa adulta para el judaísmo, porque el pensamiento lógico y moral ha terminado de construirse y la persona ya puede hacerse responsable de sus acciones, porque ya puede entender con plenitud las consecuencias de las mismas. Hasta antes de este punto se considera que el niño actúa de forma más instintiva o emocional que consciente; no se le puede inculpar plenamente por sus errores.

A esta edad se celebra lo que se conoce como “Bar Mitzvá” (en caso de los hombres) y “Bat Mitzvá” (en caso de las mujeres), lo cual quiere decir “hijo o hija de los mandamientos”, ya que es hasta este momento que uno está obligado a ellos, porque antes no tiene las herramientas para aceptarlos, ni entender sus implicaciones. Aunque se considera al joven un adulto ciertos temas, hay aspectos en los cuales aún se le libra de culpas frente a las cortes rabínicas¹⁸.

Este cambio de paradigma que acabamos de analizar supone igualmente un nuevo camino que se debe seguir para la concepción del niño, en la mayor consideración de su persona y de sus propias cualidades. De esta manera, a pesar de seguir considerando al niño como un ser humano imperfecto en cuanto a sus capacidades físicas, intelectuales y morales, la simple consideración como ser humano, junto con la apreciación de algunas cualidades propias, dotan de un valor intrínseco absolutamente incompatible con la postura que concibe a los menores como propiedad de terceros competentes que los tuvieren a su cargo.

¹⁷ <https://www.enlacejudio.com/2020/02/13/el-tiempo-y-los-anos-que-nos-dice-el-judaismo-de-la-edad/>

¹⁸ <https://www.enlacejudio.com/2020/02/13/el-tiempo-y-los-anos-que-nos-dice-el-judaismo-de-la-edad/>

II. La Convención Internacional de los Derechos del Niño en Nuestra Constitución Política

Luego de haber revisado como ha sido la evolución del derecho de infancia a lo largo de la historia hasta llegar a convertirse en un tratado internación con reconocimiento y ratificación a nivel mundial por parte de los estados miembros, estamos en condiciones para ver cómo fue su plasmación y cómo adquirió connotación jurídica.

Como se enunció en las primeras líneas de este acápite que esbozamos, la CDN, en cuanto a su naturaleza jurídica corresponde a un tratado internacional. Un tratado internacional, en conceptualización del profesor Jaime Williams Benavente, es un “*acuerdo suscrito entre sujetos de derecho internacional público, regido por éste y destinado a producir efectos jurídicos*¹⁹”. De su intrínseca naturaleza foránea a la jurisdicción legal propia de los Estados, es que los tratados internacionales tienen rango de ley, desde el momento en que son incorporados al ordenamiento jurídico nacional del Estado a través de las herramientas que su propia legislación contemple.

En el caso chileno, el art. 32 N°15 de la Constitución Política de la República (en adelante CPR) contempla: “*Son atribuciones especiales del presidente de la República: conducir las relaciones políticas con las potencias extranjera y llevar a cabo las negociaciones, concluir, firmar y ratificar los tratados que estime conveniente para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso, conforme a lo prescrito*”. Por su parte, en relación con las atribuciones del Congreso Nacional, el art. 54 N°1 CPR establece: “*Son atribuciones exclusivas del Congreso: aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el presidente de la República antes de su ratificación; la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley*”. Teniendo estos dos artículos en mira, debemos mencionar ahora el art. 5 inc. 2 CPR el cual expone: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por*

¹⁹ WILLIAMS, Benavente Jaime, Lecciones de Introducción al Derecho, pág. 152

esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

III. Recepción de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y su aplicación en Chile

En cuanto a la recepción de los instrumentos internacionales de derechos humanos, una de las más importantes inquietudes que se plantean al momento de instalar el debate de la aplicación sobre los estándares internacionales de derechos humanos en el derecho interno, recae en la recepción de dichos instrumentos. Esto porque cuando se hace la referencia a la recepción, nos referimos al modo en qué las normas internacionales adquieren validez dentro del ordenamiento jurídico interno de un Estado. Es decir, que se necesita tengan los requisitos necesarios para que dichas normas puedan ser invocadas directamente en los tribunales nacionales además de establecer en qué lugar ocupan jerárquicamente las normas. Por otro lado, respecto a la incorporación de los tratados internacionales y la jerarquización de los derechos humanos han existido sendos debates jurisprudenciales; ya que lo que se busca es apartar dichas inquietudes con el objetivo de sistematizar las razones de porqué los instrumentos internacionales de derechos humanos deben aplicarse en nuestro país, además de tomar en consideración las consecuencias que puede traer esto a nuestro sistema de protección de los derechos fundamentales.

Los procedimientos de incorporación de los tratados internacionales toman forma una vez que los Estados les dan validez a los instrumentos internacionales en sus ordenamientos jurídicos internos. Esto, por un sistema comparado, ya que es la Constitución Política quien determina la validez de las normas internas además de la aplicabilidad de las normas. En la Constitución Política de la República de 1980 se caracterizó por tener varias lagunas normativas en cuanto a el procedimiento de incorporación de tratados en nuestro ordenamiento interno, tanto así, que en el artículo 50.1 solo se hacía referencia que el procedimiento debía ser ante el Congreso “se someterá a los tramites de una ley”²⁰. Así

²⁰ CPR (1980) art. 32 inc. 17 y 50.1

también “ recayendo sobre el presidente de la republica la negociación, firma y ratificación de los tratados, pudiéndose incluir un examen de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional”²¹

Es por lo anterior, que la falta de especificidad del procedimiento llevo a que el Tribunal Constitucional interpretara el artículo 50 de la CPR, sosteniendo que los tratados del ordenamiento jurídico nacional tenían un tratamiento idéntico en comparación a una norma de rango legal, teniendo como consecuencia a ello, que se postula la división de la votación de dicho proyecto, de acuerdo con la naturaleza de las normas. En el caso de que las disposiciones de los tratados contengan normas de distinta naturaleza, éstas serían aprobadas o rechazadas aplicando un quórum que correspondan a cada grupo. No obstante, el proyecto de acuerdo con la aprobación del tratado solo se entenderá que será sancionado por la respectiva Cámara cuando todas las disposiciones del tratado hayan sido aprobadas en ella. “En esta misma línea, la literalidad de la norma constitucional llevó a sostener a una parte de la doctrina nacional que los tratados internacionales poseían la misma naturaleza jurídica que una ley”²²

La falta de definición de la Constitución política de 1980 de acuerdo con el procedimiento de incorporación de los tratados internacionales acarrea un problema que intentó ser resuelto en la reforma constitucional del año 2005. Esta enmienda modificó el artículo 50. 1 introduciendo un nuevo artículo – 54.1 de la CPR: “ “Son atribuciones del Congreso:

1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórums que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.

²¹ CPR (1980), art. 82.2

²² BENADAVA, Santiago. “Las relaciones entre el derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos”. En: Avelino León Steffens (coordinador). Nuevos desafíos del derecho internacional. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1992. Pág. 92.

El presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle.

El Congreso podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional.

Las medidas que el presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.

Corresponde al presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno.

En el caso de la denuncia o el retiro de un tratado que fue aprobado por el Congreso, el presidente de la República deberá informar de ello a éste dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro.

El retiro de una reserva que haya formulado el presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional al momento de aprobar un tratado, requerirá previo acuerdo de éste, de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva. El Congreso Nacional deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días

*contados desde la recepción del oficio en que se solicita el acuerdo pertinente. Si no se pronunciare dentro de este término, se tendrá por aprobado el retiro de la reserva*²³.

De conformidad a lo establecido en la ley, deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo.

En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado podrá el Congreso autorizar al presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 64”

En el análisis de la nueva reforma, una de las principales consecuencias de ésta, es que se aclaran ciertos puntos de interpretación referidos a la naturaleza de los tratados internacionales. Ya que esta vez, a diferencia del artículo anterior donde se mantenían vacíos normativos, existe una nueva redacción constitucional señalando que el tratado internacional se someterá “en lo pertinente” a los tramites de una ley. En ese sentido, se ha entendido por la doctrina que dicha frase y la naturaleza de los tratados permiten diferenciar a una ley de un tratado como fuentes de derecho diversas, en cuanto a su procedimiento de adopción como a su rango normativo²⁴

Con referencia a los Tratados Internacionales, tal como lo define la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en su artículo 2 “*Es un acto jurídico en que concurren la voluntad de dos o más Estados u organismos internacionales, a diferencia de un precepto legal o ley que es la expresión unilateral de la voluntad de los órganos colegiados de un*

²³GARCÍA, Ana María. “Tratados internacionales según la reforma del 2005”. En: Revista de Derecho Público, Santiago, 2006 (68), pp. 72 y ss; NOGUEIRA. Humberto. “reforma constitucional del 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”. En Revista de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, año 5 (1), pág. 59-88

²⁴ GARCÍA, Ana María. “Tratados internacionales según la reforma del 2005”. En: Revista de Derecho Público, Santiago, 2006 (68), pp. 72 y ss; NOGUEIRA. Humberto. “reforma constitucional del 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”. En Revista de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, año 5 (1), pp. 59-88.

Estado”²⁵. Lo que busca la reforma, es que sin asimilar la naturaleza jurídica de ambas tipas de normas se reconozca la especificidad de cada una de ellas, haciéndolas aplicables a la tramitación legislativa que sea pertinente.

El Análisis del artículo 5 inc. 2 de la Constitución Política en cuanto a la jerarquía de los derechos humanos consagrados en los tratados, hace referencia a responder la interrogante acerca de cuál es la posición que ocupan en la pirámide normativa. Siendo esta disyuntiva solucionada a nivel nacional y en la Constitución de cada Estado. En caso de que no se resuelva como corresponde es la jurisprudencia la encargada de hacerlo. Es así, como la recepción de los tratados de derechos humanos no tiene diferencia al resto de los tratados, no obstante, cuando se habla de jerarquía existe la problemática de acuerdo a las existentes diferencias de tratamiento en el ordenamiento jurídico chileno ante tratados de derechos humanos.

Las consecuencias de la recepción del DIDH en Chile es la protección de los Derechos Fundamentales, ya que, una vez incorporados los tratados internacionales en nuestro país, se agregan al rango constitucional. Por ello es necesario poner en contexto a nuestro ordenamiento interno, además de ver las particularidades de los tratados internacionales referente a los derechos humanos, puesto a que a la hora de hacer aplicación práctica de éste sean ejecutados de manera pertinente.

En la práctica, la forma que tiene el Estado de cumplir esta función aseguradora de los derechos humanos, en nuestro caso, es integrando la CIDN a la legislación coercitiva vigente, de manera que sus contenidos se reconozcan en nuestro país y el sujeto de protección de la CIDN tenga de su lado el amparo legal. Es así, como el 26.01.1990 el Estado de Chile suscribe la CIDN adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20.11.1989, publicándose en el Diario Oficial de la república el 27.09.1980.

IV. Sujeto de protección de la CIDN

²⁵ GARCÍA, Ana María. “Tratados internacionales según la reforma del 2005”. En: Revista de Derecho Público, Santiago, 2006 (68), pp. 72 y ss; NOGUEIRA, Humberto. “reforma constitucional del 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”. En Revista de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, año 5 (1), pág. 61

Corresponde en las líneas siguientes, analizar y entender quiénes son las personas – en específico- sujetos de protección directa de la CIDN; en otras palabras, analizar a quien protege la CIDN.

Así, el artículo 1º de este cuerpo normativo establece *“Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad”*. De una primera mirada, parece claro, la protección se da hasta los 18 años de edad, pero la pregunta que surge de inmediato es ¿y desde cuándo comienza a regir esta protección? ¿es desde el nacimiento hasta el momento de cumplir los 18 años? O ¿considera amparo igualmente al *nasciturus*?. Para responder estas interrogantes es posible aplicar elementos de interpretación sustantivos de la ley, como los contemplados entre los artículos 19 a 24 del Código Civil. Para desentrañar este concepto, podemos recurrir a diversas leyes de nuestro país que de alguna manera tratan esta idea y la recogen con mayores y menores aceptaciones.

Así, en primer lugar, el artículo. 25 del Código Civil (en adelante CC) establece: *“Las palabras hombre, persona, niño, adulto y otras semejantes que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán comprender ambos sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que por la naturaleza de la disposición o el contexto se limiten manifiestamente a uno solo.*

Por el contrario, las palabras mujer, niña, viuda y otras semejantes, se designan el sexo femenino, no se aplicarán al otro sex, a menos que expresamente las extienda la ley a él. Del desglose de esta disposición es posible arrancar una primera idea acerca de lo que es el *concepto niño*. Este artículo. 25 hace entender que el pronombre masculino se aplica de manera genérica a la sociedad, sin distinción del sexo del sujeto que se trate, a diferencia de lo que se establece en el mismo artículo respecto del pronombre femenino, situación en la cual en caso de utilizar la ley un pronombre femenino, solamente se aplica y se considera como sujeto de esa mención, a una mujer, a menos que la ley expresamente extienda el concepto al campo femenino.

Por su parte, el artículo 26 del Código Civil, nos hace entender que existirían graduaciones etarias en la sociedad: “Niño es todo aquel que no ha cumplido los 7 años; *Impúber*, el varón que no ha cumplido 14 años y la mujer que no ha cumplido 12; *adulto*, el que ha dejado de ser impúber; *mayor de edad o simplemente mayor*, el que ha cumplido 18 años; *menor de edad o simplemente menor* el que no ha llegado a cumplirlo”. Resulta indispensable a nuestro análisis tener en cuenta esta distinción de edades que realiza la ley, porque está procurando dilucidar *desde cuándo y no hasta cuando se considera ser niño*. Esta disposición, del artículo 26 CC, no se puede entender por sí sola, sino que es necesario recurrir en primer lugar a la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, la cual en su artículo 16 inciso 3 dispone: “*Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña, a todo ser humano que no ha cumplido los 14 años y, adolescente, desde los 14 años hasta que cumple los 18 años*”. En segundo lugar, debemos mencionar a la Ley Orgánica Constitucional del SENAME, DL N°2465 de 16 de enero de 1979, normativa que en su artículo 1° inciso segundo establece: “*Para los efectos de esta ley, se entiende por niño, niña o adolescente toda persona menor de 18 años de edad. Las referencias que en esta ley se hacen a los menores deben entenderse hechas a los niños, niñas y adolescentes. Ello será sin perjuicio de las disposiciones que establezcan otra edad para efectos determinados*”. En tercer lugar, tenemos la ley 21.057, que regula las entrevistas grabadas en video, y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales, la cual en su artículo 1° inciso tercero: “*Asimismo, para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a toda persona menor de 14 años de edad y adolescente a todos los que hayan cumplido 14 años y no hayan alcanzado la mayoría de edad*”.

De todo lo antedicho, es evidente encontrar los límites máximos que postula la ley para diferenciar la sociedad toda, en grupos más pequeños a fin de lograr una mejor administración como también enfocada a los distintos grupos que se plantean.

Por el lado contrario, es posible encontrar disposiciones legales en nuestro ordenamiento, que detentan protecciones para la persona que está por nacer. Así, en un primer punto nuestra CPR en su artículo 19 N°1 dice: “*La constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer*”.

Podemos sostener que el derecho a la vida es el derecho fundamental más básico para la persona que reconoce el ordenamiento jurídico, ya que, sin este derecho, el resto de las garantías pierden sentido. Tan esencial es este derecho, que las constituciones clásicas no lo consideraban por tenerlo como sobre entendido. Así por ejemplo en la CPR chilena de 1925 no se consideraba esta garantía en forma expresa; a pesar de ello la protección a la vida e integridad de las personas era tutelada a nivel legal, a través de penas que las leyes establecían para los delitos contra la vida e integridad de las personas. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 teniendo presente los crímenes contra la humanidad, consideró iniciar la creación de un catálogo que contemple esta garantía.

En consecuencia, las constituciones contemporáneas en sus redacciones comienzan a ser más receptivas e incluyen este derecho. Es así, como nuestra CPR de 1980 se adscribe a esta tendencia y en su artículo 19 N°1 reconociendo este derecho a todas las personas, siguiendo el argumento ya dicho.

Este derecho comienza a regir aún antes del nacimiento de la persona, debido a que *“La ley protege la vida del que está por nacer”*. Así, debe señalarse que la vida humana se produce desde la gestación del óvulo que origina el genoma, el cual se constituye en un ser humano individual²⁶ que cesa con la muerte de la persona²⁷.

A diferencia del resto de los derechos fundamentales que se originan con la existencia legal de la persona humana, este derecho se tiene entonces desde el momento de la concepción.

La historia del establecimiento de esta norma es útil para discernir armónicamente el entramado legislativo-constitucional relevante en estas materias. En su Sesión 87°, celebrada en 14/11/1974, la Comisión Constituyente que empezó a trabar en el texto original de la Constitución que nos rige, consideró la propuesta que hizo uno de sus miembros, Jaime Guzmán, en el sentido de que, al garantizar el derecho a la vida, se añadiera el derecho a la vida del que está por nacer. La discusión se explicaba porque al extender el derecho a la vida al nasciturus se estaba introduciendo un cambio profundo al estado de cosas que sobre estas

²⁶ EVANS, De la Cuadra, Enrique Enrique Evans de la Cuadra, Los derechos constitucionales, tomo I, ed. jurídica de Chile, p. 99 y ss.

²⁷ Sentencia TC, Rol 740-2007,

materias existía en Chile. Este estado de cosas consistía en que el aborto no se prohibía en todos los casos. Garantizar un derecho a la vida de un *nasciturus* implicaba la necesidad de prohibir el aborto en todos los casos. Pero los demás miembros de la Comisión no quisieron ir tan lejos como proponía Jaime Guzmán. Ellos querían mantener la competencia de la potestad legislativa para seguir regulando de alguna manera el aborto.

En segundo lugar, encontramos el art. 75 CC el cual dispone: *“La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra. Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento”*.

Desde ya, debemos mencionar que el hecho de que el *nasciturus* carezca del estatuto de persona, no quiere decir que su existencia sea irrelevante o desconocida por el Derecho, por el contrario, el precepto recién transcrito supone una manifestación de la relevancia jurídica que tiene el *nasciturus*. En efecto, la importancia que tiene la vida intrauterina para el Derecho se refleja en distintos aspectos, así, por ejemplo: la autonomía de la voluntad en relación con una futura persona, las expectativas que tenga esta futura persona, para los creyentes, la creación divina; como también la valoración de la vida humana; entre otros. Se debe recalcar que dicha valoración no recae en que el *nasciturus* sea una persona, sino más bien su vida es valiosa por otras razones anexas a la forma humana²⁸. Existe un debate en la Comisión Constituyente en razón del artículo 75 del Código Civil en la sesión 87^a, donde don Enrique Evans señala: *“(…) estima que ese precepto puede trasladarse al texto constitucional, pero tiene dudas respecto de si éste debe ser absoluto en esta materia, como parece ser la posición de don Jaime Guzmán Errázuriz, en el sentido de la proscripción del aborto, o ser una norma flexible que establezca lo mismo, pero que autorice al legislador para privar de la vida al que está por nacer, en ciertos casos sin que constituya delito, especialmente cuando se trate de un aborto terapéutico. Estima, en consecuencia, que, si se va a consagrar el derecho a la vida, debe consagrarse, también, el derecho a la vida del que*

²⁸ SIERRA, Lucas, en “El *Nasciturus* como persona: lectura incompleta, doctrina distorsionada”. Disponible en https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20170726/asocfile/20170726162938/pder462_lsierra.pdf

*está por nacer, pero dejando abierta la posibilidad para que el legislador el día de mañana, según lo quieran las condiciones sociales, pueda en determinadas circunstancias, proceder con cierta flexibilidad”²⁹. Que, por otro lado, en la misma línea argumental, destaca don Jorge Ovalle: “(...) En su primera proposición había formulado que no centrara en la casuística y simplemente se consagra el derecho a la vida, pero no se opondría a una declaración genérica como la que contiene el artículo 75 del Código Civil y a la cual se refirió al señor Evans. No se opondría, porque se cree que se debe proteger la vida del que está por nacer. Distinto es el juego de derechos que concurrirá cuando está comprometida la vida de la madre y del hijo; cuando esté comprometida la salud de la madre por la existencia del hijo, y ya no la vida; cuando esté comprometida la dignidad de la madre y de su familia, que también puede tener marido y otros hijos; cuando sucede el caso de violación. No se trata de que no se respete el derecho a la vida del que está por nacer. Es que la vida, derecho del que está por nacer, está en juego con salud, la dignidad, la vida y la existencia de un matrimonio, en fin, con muchos valores que entran en pugna. Entonces el legislador no desconoce ese derecho a la vida, sino que tiene, por el contrario, que resolver esa confluencia de derechos y cuales son, en su conjunto, más dignos de protección desde el punto de vista que le interesa al legislador, que es la comunidad que él representa”.*³⁰

El reconocimiento a la protección de la vida que permite el legislador se traduce entre otras, en las siguientes normas³¹:

- 1- El juez puede de oficio o a petición de parte, adoptar todas las medidas que estime procedente para proteger la vida y salud de la criatura que se encuentra en el vientre materno.
- 2- Las penas que corresponda aplicar a la mujer embarazada pero que pongan en riesgo la salud del feto, se diferirán hasta después de ocurrido el nacimiento.
- 3- El código penal castiga como delito el aborto

²⁹ EVANS, De la Cuadra, Enrique en Sesión 87^a

³⁰ OVALLE, Jorge en Sesión 87^a.

³¹ OVALLE, Jorge, pág 11, pág. 97

- 4- El derecho laboral y de la seguridad social, otorgan el derecho y fuero de descanso prenatal.
- 5- El aborto provocado se encuentra prohibido constitucionalmente lo cual es reforzado por el delito de aborto tipificado en el Código Penal.

“Congruente con este reconocimiento, la disposición del art. 75 del Código Civil ordena proteger la vida y la salud del ser humano desde que se le concibe, empleando la frase, traducción de la categoría latina de *nasciturus*, de “el que está por nacer”, es decir, el que está en un proceso de desarrollo que le llevará a nacer. Nótese que la expresión supone la personalidad: no se trata de “algo”, de “lo” que está por nacer, sino de un “alguien”, de “el” sujeto que está por nacer. Señala el artículo que “La ley protege la vida del que está por nacer” y luego dispone “El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido siempre que crea que de algún modo peligrará”³².

³² CORRAL, Talciani, Hernán en “Aborto y existencia legal de la persona”, disponible en <https://corraltalciani.wordpress.com/2014/06/01/aborto-y-existencia-legal-de-la-persona/>

SEGUNDO CAPÍTULO

CONCEPTUALIZACION DEL DERECHO A LA VIDA

En términos generales, podemos sostener que ni la legislación ni la doctrina nacional se han preocupado de brindar o analizar una definición concreta del derecho a la vida. Nos dedican esfuerzos a argumentar acerca de la situación del *nasciturus* y de su categoría – o no – como persona y otros argumentan acerca de los derechos que posee este *nasciturus*; pero en concreto, no se refieren a la conceptualización del derecho a la vida.

Sin perjuicio de lo anterior, dentro de nuestra literatura nacional, a pesar de no haberse dado un concepto explícito del derecho a la vida, es posible encontrar ciertos lineamientos que, a su vez, admiten la construcción de nociones acerca del concepto “derecho a la vida”. Así las cosas, podemos encontrar cinco teorías acerca del derecho a la vida, entendido como³³:

- 1) El derecho a vivir y permanecer con vida.
- 2) El derecho vivir bien o vivir con dignidad.
- 3) El derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir de inmediato.
- 4) El derecho a no ser muerto o asesinado
- 5) El derecho a no ser muerto o asesinado arbitrariamente.

Es importante determinar que la forma de concebir al derecho a la vida necesariamente hace el distingo entre derecho a la vida y la vida propiamente tal, entendida como una realidad empírica.³⁴.

³³ FIGUEROA García-Huidobro, R. (2015). Concepto de derecho a la vida. *Revista Ius Et Praxis*, 14(1), 261-300.

³⁴ FIGUEROA García-Huidobro, R. (2015). Concepto de derecho a la vida. *Revista Ius Et Praxis*, 14(1), 261-300.

A este respecto, es posible sostener que existen razones para aceptar dicha distinción entre derecho a la vida y la vida, como también para sostener que el objeto del derecho a la vida no es la vida. Para poder determinar el objeto del derecho a la vida se debe comenzar con una consideración general. En un primer término debemos aclarar que el objeto de un derecho a algo jamás puede corresponder a una conducta que debiese desplegar su titular. Si el objeto de un derecho fuera la conducta del titular, no podríamos presenciar, ni hablar de relación jurídica propiamente tal, puesto a que existirá relación jurídica entre sujetos siempre que se tenga algún derecho a algo, pues el derecho se estructura como una relación de grupos sociales, de dos personas, careciendo de relevancia jurídica al no regular la conducta de terceras personas. Sumado a lo anterior, el considerar a un derecho en la perspectiva que postulamos precedentemente, no sería más que confundirlo con una libertad. En definitiva, para que estemos en presencia de un derecho propiamente tal resulta indispensable implicar en él, la relación jurídica con otro sujeto valga la redundancia, distinto del sujeto activo.

Para ejemplificar la situación anterior encontramos lo postulado por Robert Alexy, quien entiende que los derechos a “algo” suponen relaciones con una triple identidad que inculcan finalmente la conducta de terceros. Dicha relación se representa como “*DabG*”³⁵. En esta ecuación, “*a*” es el titular del derecho; “*b*” es el destinatario del derecho; “*G*” corresponde al objeto del derecho y; “*D*” simboliza la relación entre los elementos *abG*. De esta manera, *a* tiene frente de “*b*” un derecho a “*G*”. Este “*G*” consiste en la conducta que el destinatario “*b*” tiene que ejecutar. Si “*G*” fuera la conducta que debe desarrollar “*a*”, entonces la conducta de “*b*” no estaría vinculada por el derecho del titular y esto tornaría en trivial a ese derecho, porque si la conducta de “*b*” no estuviera regulada por el derecho, “*b*” podría hacer lo que estimara pertinente, pudiendo perjudicar el derecho de “*a*”. De otra manera sería si se incorpora a “*b*” en la relación, en tal caso, “*G*” determina qué conductas puede ejecutar “*b*”, y eso es lo que en esencia le da direccionalidad al derecho de “*a*”³⁶.

³⁵ ALEXY, R. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.

³⁶ ALEXY, R. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993. Pág. 187-188

Dicho de otro modo, la vida tiene valor y puede ser protegida efectivamente si es que el derecho a la vida consiste en la regulación de conducta de terceros.

Se han hecho cargo de la distinción entre vida y derecho a la vida, a modo de ejemplo los Tribunales Constitucionales de España, Colombia y Chile. Es por ello, que a continuación se proponen tres sentencias, española la primera, colombiana la segunda y chilena la tercera:

- a) Una diferencia no del todo explícita entre vida y derecho a la vida es posible hallar en la sentencia 53/1985, de 11/4/1985 del Tribunal Constitucional Español. En ese fallo el tribunal declaró que la Constitución protege la vida y, por ende, se protege también la vida del *nasciturus*, aunque él no sea titular del derecho a la vida. La diferencia entre vida y derecho a la vida no es del todo explícita, pero existe en la lógica del fallo. Si se protegiera sólo el derecho a la vida, entonces el *nasciturus* no tendría protección ya que el Tribunal Constitucional declaró que el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida³⁷.
- b) Declaraciones algo más explícitas en torno a la diferencia entre vida y derecho a la vida se encuentran en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Esta jurisprudencia se ha producido resolviendo requerimientos en torno al aborto. La primera vez que la corte tuvo oportunidad de abordar este asunto fue en la sentencia C-133, de 1948. En ese caso, la corte sostuvo: "Es cierto, que nuestra Constitución Política reconoce expresamente el derecho inviolable a la vida a quienes son personas pertenecientes al género humano; pero de allí no se sigue que la vida humana latente en el *nasciturus* carezca de protección constitucional. En efecto, si el valor esencial protegido por el ordenamiento superior es la vida humana, necesariamente debe colegirse que en donde haya vida, debe existir el consecuente amparo estatal. En otros términos, la Constitución no sólo protege el producto de la

³⁷ Fundamentos Jurídicos N° 5, 6, 9, 10, 11 y 12.

concepción que se plasma en el nacimiento, el cual determina la existencia de la persona jurídica natural, en los términos de las regulaciones legales, sino el proceso mismo de la vida humana, que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona luego con el feto, y adquiere individualidad con el nacimiento. La vida que la Constitución Política protege comienza desde el instante de la gestación, dado que la protección de la vida en la etapa de su proceso en el cuerpo materno es condición necesaria para la vida independiente del ser humano fuera del vientre de la madre. Por otra parte, la concepción, genera un tercer ser que existencialmente es diferente de la madre, y cuyo desarrollo y perfeccionamiento para adquirir viabilidad de vida independiente, concretada con el nacimiento, no puede quedar al arbitrio de la libre decisión de la embarazada. En virtud de lo anterior, el Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo.. ."38. Doce años después del fallo citado, la postura de la corte cambió, con el fallo C-355/06, también sobre aborto39. Una de las razones fundamentales del cambio está dada precisamente por una forma distinta de valorar la vida y el derecho a la vida. En este fallo dispuso: "Ahora bien. Dentro del ordenamiento constitucional la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la

³⁸ Sección VII, 4, párrafos 6-9. Se trata de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 343 del Decreto 100 de 1980, artículo que contempla el estatuto del aborto. Según la doctrina mayoritaria, la Constitución y el derecho internacional reconocen el derecho a la vida del nasciturus. La Corte equipara al no nacido a la persona humana y le otorga protección absoluta por ser expresión del valor de la vida. Sentencia C-133/94. Aprobada en Santafé de Bogotá D. C., 17.03.1994.

³⁹ En este caso, al igual que en el anterior, se trató de acción pública de inconstitucionalidad, mediante la cual se demandó la inconstitucionalidad (ahora) de varios preceptos del Código Penal, el cual había sido modificado con posterioridad al caso C-133. En esta oportunidad, la corte acogió la acción y declaró inconstitucionales algunas de las disposiciones del Código Penal. Sentencia C-355/06. Bogotá, D. C, diez de mayo de dos mil seis.

persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición⁴⁰."

Aquí la Corte Constitucional Colombiana distingue con claridad “*vida*” del “*derecho a la vida*” y consagra que el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida porque no es una persona, aunque su vida deba ser protegida por mandato de la Constitución, porque evidentemente toda vida es un bien digno de protección. De todos modos, la forma de brindar la protección a la vida queda entregada al legislador, quien debe proceder dentro de los límites fijados por la Carta Fundamental, y sin vulnerar los derechos de la mujer⁴¹. En esta virtud expuesta, el legislador puede permitir el aborto en ciertos casos⁴².

- c) El Tribunal Constitucional Chileno, en Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, determina que el que está por nacer es persona, e instituye la idea de la duda razonable a favor de la vida, por la cual al existir un riesgo de muerte de la criatura que está por nacer, debe optarse por la alternativa que permita salvar su vida. En este mismo argumento, de diferenciar el derecho a la vida con la vida propiamente tal, encontramos una sentencia de la Exma. Corte Suprema, de 14 de agosto de 1984, en donde concluye que el

⁴⁰ Sección 5, párrafo 12.

⁴¹ "De manera que estas consideraciones habrán de ser tenidas en cuenta por el legislador, si considera conveniente fijar políticas públicas en materia de aborto, incluidas la penal en aquellos aspectos en que la Constitución lo permita, respetando los derechos de las mujeres." Sección 5 párrafo 21.

⁴² En la sección 10 del fallo, la corte declara en qué casos el aborto no puede prohibirse (no puede constituir delito): cuando se trata de un embarazo que es resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas (sección 10.1 párrafo 14 en relación con párrafo 16), o incesto (párrafo 19); o cuando la vida o la salud de la mujer están amenazadas (párrafo 23. La salud puede ser física o mental, párrafo 27); o malformaciones genéticas del feto que por su gravedad lo tornen inviable (párrafo 29). Finaliza la corte diciendo: "... la prohibición completa e incondicional del aborto en todas las circunstancias es abiertamente desproporcionada porque anula completamente derechos de la mujer embarazada garantizados por la Constitución de 1991 y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad." Sección 10.2 párrafo 38

derecho a la vida no inmuniza a la persona a perder la propia vida, cuando la ley así lo establece como castigo.

VI. Alcances del Derecho a la vida según el acta constitucional

El 5 de julio de 1980, en el contexto de discusión de la nueva CPR, se levanta el acta constitucional N°3. En ella consta una sucinta -pero relevante- discusión sobre los derechos y deberes constitucionales que plantearía la nueva carta fundamental. En sus primeros artículos hace mención a cuestiones que circundan a los derechos fundamentales como, por ejemplo, que los derechos del hombre son anteriores al Estado y a su vida en sociedad; plantea así mismo que la tradición jurídica e histórica de Chile ha sido consecuente con esta concepción, pero que, a raíz de las circunstancias que se gestaron en nuestro país con anterioridad al 11 de septiembre de 1973, se ha demostrado la necesidad de fortalecer, perfeccionar y añadir otros derechos fundamentales en la CPR 1925. Es así como en el artículo 4° de esta acta, se establece como derechos destacables de las personas, el derecho a la vida y a la integridad de las personas, la protección legal de la vida del que está por nacer, la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, entre otros. Estos derechos, como ya hemos dicho, en el plano abstracto no son reales garantes a las personas, puesto que deben ser articulados dentro del ordenamiento positivo para lograr ese carácter válido y, por lo tanto, obligatorio.

En este sentido, se pronuncia el artículo 10 de la misma acta, diciendo: *“Que por muy perfecta que sea una declaración de derechos, éstos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su debida protección. Uno de los más trascendentales los constituye la creación de un nuevo recurso de protección de los derechos humanos en general, con lo cual el resguardo jurídico no queda solo limitado al derecho a la libertad*

*personal y al recurso de amparo, sino que se extiende a aquellos derechos cuya naturaleza lo permita*⁴³.

VII. Concepciones del Derecho a la Vida

I. El derecho a la vida entendido como el derecho a vivir y permanecer con vida

Esta primera concepción entiende que el derecho a la vida consiste en el derecho a vivir y a permanecer con vida. Esta construcción surge de lineamientos de algunos autores nacionales que procederemos a exponer, como lo es, Enrique Evans quien señala: "*Todo ser humano tiene el derecho esencial de conservar su vida... (...) La vida, por ser el don primario que Dios ha dado al hombre, y por ser la fuente de sus demás atributos, está cautelada por la institucionalidad constitucional y legal...*"⁴⁴

Por otro lado, aludiendo a esta interpretación, José Cea sostiene: "Hemos ya advertido que este es el derecho más importante, porque es el supuesto, la base y la finalidad de todos los demás derechos, sin excepción. Perder la vida es quedar privado de todos los derechos que sólo tenerla hace posible disfrutar. Esta locución (...) se refiere (...) a la persona que se halla en el vientre materno (...) Ella tiene el derecho a vivir"⁴⁵. Con esta última expresión es que definimos que el derecho a la vida, para esta postura, significa un derecho a estar vivo.

Ángela Vivanco se refiere al mismo punto en estos términos "El derecho a la vida y a la integridad física de la persona son los derechos fundamentales por excelencia (...) Lo anterior obliga a tener presente que el derecho a la vida no se trata de un derecho más de los presentes en el catálogo constitucional, sino que constituye un germen para todos los otros derechos, y es por esta especial consideración, que merece una protección especialmente relevante y

⁴³ Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6656> . Fecha consulta: 5.12.18

⁴⁴ EVANS, De la Cuadra, Enrique. Derechos Constitucionales. Tomo I. Editorial Jurídica. Santiago, 2004, pág. 113.

⁴⁵ CEA, José. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2004, p. 89

esencial. En efecto, la vida tiene la particularidad de ser no sólo un atributo del ser humano, sino que se confunde con él mismo.”⁴⁶

Sin perjuicio de la importancia que la autora otorga al derecho a la vida y la integridad física, no resulta del todo acertada su concepción, en primer lugar, porque no se hace cargo del término de la vida. Pareciere ser que no concibe la muerte en una vida, cuestión que naturalmente resulta errónea, ya que reviste carácter de público conocimiento, que toda vida tiene aparejada una muerte. Así, al ser la muerte una condición intrínseca natural de la vida y al no considerar la postura este factor, nos da un primer argumento para desechar esta opción

En segundo lugar, si nos trasladamos a la vida práctica, una persona que fallece por causa de una enfermedad incurable -a la luz de esta autora- estaría facultado para imputar la responsabilidad de la muerte a terceros o inclusive al Estado. Sin perjuicio de lo anterior, se podría argumentar bajo esta doctrina que la enfermedad ha vulnerado el derecho a la vida del paciente, lo que de por sí parece irrisorio.

Por último, retomando las nociones generales previas al análisis de estas posturas, habíamos mencionado que para que un derecho fuera considerado como tal, era necesario que su objeto se relacionara con el actuar de un agente distinto de su titular, de modo que se genere una interacción que merezca la protección del derecho. Ahora debemos adicionar a dicha explicación, que un derecho para ser considerado como tal, debe ser a lo menos asegurable por el Estado a la persona. En consecuencia, de lo anterior, y en relación con la vida, no podemos entender el derecho a la vida como el derecho a vivir, porque la dimensión protectora del Estado simplemente no puede asegurar el vivir eterno de sus ciudadanos, por la sencilla razón que los humanos son seres mortales.

II. El derecho a la vida entendido como el vivir bien o vivir con dignidad

⁴⁶ VIVANCO, Angela. Curso de Derecho Constitucional. Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2006, pp. 242-243.

Se trata de una conceptualización muy relacionada con la anterior e inclusive hay autores que adscriben a la ya expuesta como también a esta forma de comprender el derecho a la vida. Sus partidarios⁴⁷, entienden el derecho a la vida no solo como el derecho a vivir sino además a vivir bien, vivir con dignidad. Lo anterior se ejemplifica claramente en lo siguiente: “...El derecho a la vida abarca los progresos de las ciencias biológicas y de la técnica médica para salvar la existencia de quien padece enfermedades que la ponen en peligro, o bien de proporcionarle una extensión de su vivencia con dignidad. Por último, en su sentido pleno y no sólo biológico, orgánico o vegetativo, pertinente es entender también incluido en el derecho a la vida cuanto se haga para que ella transcurra en un ambiente, material y espiritualmente comprendidos, que sean coherentes con la dignidad del ser humano. El derecho a la vida no es (...) sinónimo de subsistencia en la miseria o menesterosidad, en el miedo o el riesgo. De esta condición subhumana emanan múltiples patologías, individuales y colectivas, que provocan o facilitan atentados contra la vida en las más diversas ocasiones”⁴⁸.

Por otro lado, Manuel Guzmán postula que el derecho a la vida comprende el derecho a la integridad, a la salud, a la legítima defensa. No basta vivir, es necesario vivir con la plenitud de las cualidades y de los medios orgánicos de que estamos provistos por naturaleza y vivir bien para conseguir los fines, humanos, rechazando aun con la fuerza la agresión injusta.⁴⁹

No es posible tampoco aceptar cabalmente esta postura para un correcto entendimiento del derecho a la vida porque, en primer lugar, la idea de “*vivir bien*” es muy imprecisa como también en exceso subjetiva. Esto último se explica porque todos tenemos distintas formas de ver las situaciones comunes de la vida. Cada persona puede - y tiene derecho para hacerlo - pensar y analizar las cosas de una manera diversa, sin que ello merezca una persecución. Así por ejemplo para unos el *vivir bien* implica vivir bajo buenas condiciones económicas y materiales, aunque la forma de conseguirlo no sea la más sensata en algunos casos. Sostener

⁴⁷ CEA, José Luis. Verdugo, Mario; Vivanco Ángela; Nogueira, Humberto

⁴⁸ CEA, José. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2004, pág. 89

⁴⁹ EVANS De la Cuadra, Enrique. Derechos Constitucionales. Tomo I. Editorial Jurídica. Santiago, 2004, pág. 114.

que el derecho a la vida consiste en el *vivir bien* tornaría a este derecho fundamental en un derecho inasible, de manera que se desmorona este concepto.

En un segundo respecto, no resulta del todo acertada esta postulación, toda vez que puede darse que la dignidad, las condiciones materiales y espirituales se vean afectadas y dicha afectación no tengan como causa una falta imputable al Estado o a conductas de terceros, pudiendo inclusive ser causa directa de una actuación libre y consciente del titular del derecho. En este caso resulta evidente, no hay posibilidad de imputar responsabilidad al Estado o a un tercero resultando por consiguiente sin sentido en esta hipótesis que al titular se le ha vulnerado el derecho a la vida.

Por último, vivir bien -suponiendo que podemos definirlo- en gran medida dependerá de una serie considerable de factores que el Estado no puede garantizar cabalmente, por lo que, en el mismo sentido que la doctrina anterior, con este punto, no es posible adoptar esta concepción que entiende el derecho a la vida como el derecho a vivir bien como una definición correcta.

Afirmando esta última aseveración, encontramos una sentencia en recurso de Apelación, de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 88816-2016. La causa principal, que motiva este recurso, se inicia por la acción de protección de los presidentes de dos Asociaciones Nacionales de Trabajadores y Funcionarios del Servicio Nacional de Menores en contra de esta misma institución, impetrando amparo constitucional frente a la amenaza y eventual quebrantamiento de los derechos a la integridad física y psíquica de los niños, niñas y adolescentes y, como también, de los empleados que se desempeñan en los Centros de Reparación Especializada, a consecuencia de la sobredotación de dichos recintos, la cual sobrepasa su capacidad de cobertura. Se presentó una sobrepoblación que duplicaba *la oferta programática*, puesto que en un inicio se pensaban 80 cupos mensuales de atención, pero en septiembre de 2015, se registra un promedio superior a 250 niños, niñas y adolescentes en programas. Esta sobrepoblación pone en riesgo la integridad psíquica de los niños, niñas y adolescentes.

Finalmente, la corte comprueba la efectividad de los hechos delatados por los comparecientes de manera que forma su convicción respecto del hacinamiento de estos centros. Ahora bien, la corte igualmente entiende que no puede aceptar la petición de

prohibición de ingreso de nuevos niños, niñas y adolescentes a dichos planteles, ya que a la luz de los arts. 8,19 y 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, el art. 40 CDN y el art. 68 de la ley 18.968, ante la constatación de transgresiones de derechos, los niños, niñas o adolescentes deben ser ingresados en centros que le deben proporcionar la debida protección, así como garantizar que los adolescentes, objetos de persecuciones penales, se internen en centros diferenciados de la población penal común.

A la luz de lo razonado por la Corte, podemos entender que hay una inclinación por la postura que perfila el derecho a la vida, como el vivir bien, puesto que en el considerando duodécimo, la corte decide remitir los antecedentes al Ministerio de Justicia, ente del cual depende el SENAME, a fin de que vele por el cabal cumplimiento del deber del Estado, en cuanto a la protección de los derechos de los niños y adolescentes en situación de riesgo social, valiéndose para tal efecto de las instituciones que dispongan del personal capacitado e instalaciones suficientes junto con adoptar las medidas necesarias para proteger a los menores. De esta manera, la corte amplía el derecho a la vida de estos niños, a vivir dignamente en un ambiente de protección, dentro de una institución del Estado, puesto que no niega tampoco una conceptualización distinta.

III. El derecho a la vida como el derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir de inmediato.

Dentro de esta concepción como derecho a la vida, encontramos una corriente postulada por Judith Jarvis Thompson, quien incluye en el derecho a la vida, el derecho a que la sociedad entregue a uno, lo que necesita para que la vida continúe. “En algunas visiones, tener un derecho a la vida incluye el derecho a que se entregue, al menos, lo mínimo que uno necesita para continuar la vida”⁵⁰.

⁵⁰ THOMSON, J.J. "A defense of Abortion." En *Philosophy and Public Affairs*. Vol 1, No. 1. 1971, p. 55. Original: “In some views having a right to life includes having a right to be given at least the bare minimum one needs for continued life”

La postura que aquí se detalla se ejemplifica por ejemplo si hay una persona que está muriendo de hambre, su derecho a la vida comprende el derecho a recibir alimentos. O si hay una persona que está a punto de congelarse y la forma de evitarlo es permitiendo que ingrese a un hogar, entonces su derecho a la vida comprende el derecho a entrar a una casa.

Por su parte, esta doctrina planteada por Thompson encuentra una sentencia en la Corte colombiana, expediente T-5317898 de fecha 30 de agosto de 2016 por protección especial a los niños indígenas Wayuu por vulneración a raíz de problemas de desnutrición, desatención de salud y fallecimientos por desnutrición.

Este caso se motiva porque la asociación de Autoridades Indígenas Wayuu considera como responsable al Estado Colombiano de estas vulneraciones, por incumplimiento de sus deberes en la garantía de los derechos fundamentales de los niños, provocando así una situación de crisis de la niñez Wayuu, siendo aproximadamente afectados 30.000 niños. La Corte por su parte resolvió confirmar la sentencia de primera instancia, de manera que se establece obligación de tutelar los derechos de los niños del pueblo Wayúu, especialmente los relativos a la salud y alimentación adecuada.

Para el cabal cumplimiento de esta labor, se encomienda al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, así como al Ministerio de Salud y Protección social, que adopten las medidas a su alcance para satisfacer las necesidades de estos niños y así se cumpla el deber de restablecer los derechos vulnerados. En otras palabras, la Corte decide y entiende que los niños están faltos de elementos que permitan un goce de vida pleno, alejado del riesgo de perecer, enfocando el derecho a la vida de los niños Wayúu a aquellos elementos de carencia a que se hicieron referencias -alimentación y salud-. De esta manera, si el gobierno colombiano en conjunto con sus organismos administrativos no da cumplimiento correcto a lo mandado por la Corte, entenderíamos que las ulteriores perniciosas consecuencias recaerían en su esfera de responsabilidad.

No resulta del todo satisfactoria esta postura dado a que la forma de entender la significancia del derecho a la vida admite innumerables situaciones en las cuales un sujeto tendría derecho a recibir algo si con ello se salvara su vida. Respecto de la sociedad, esta

concepción la entiende obligada correlativamente a actuar en todas aquellas situaciones en las que se presente la necesidad. Desde ya el problema que presenta esta postura, es que ordena en una causalidad a todas las personas de la sociedad para que brinden algo a otra que lo requiere para no perecer. Para ejemplificar esta situación, nos guiaremos por la ilustración de Peter Singer y Peter Unger: Es empíricamente comprobable que, si voy a África ahora, voy a poder salvar a un niño de morir de hambre. En caso de no hacerlo, su muerte se producirá inevitablemente y la sociedad se encontrará en una posición que vulnera su derecho a la vida⁵¹.

En último respecto, no hay que cometer el error de entender salud como derecho a la salud, sino que, con una condición de vida saludable, en un supuesto de derecho a estar en buena forma, estar sano o a sanarse. El derecho a la salud en cambio contempla la garantía de acceso que puede tener una persona a servicios asistenciales de salud, privados o públicos, para la solución de sus problemas vitales. En este supuesto, si una persona se encuentra pereciendo a consecuencia de una grave enfermedad y existe un tratamiento para ella en Alemania, por ejemplo, el derecho a la vida del enfermo se traduciría en poder solicitar a un filántropo o a un empresario multimillonario que costee el tratamiento evitándose así el desenlace de la muerte, de manera que si no lo hace resulta directamente responsable de la muerte del sujeto.

Según esta visión, todas las personas que se encontrasen en una posición que les permitiese costear el tratamiento serían jurídicamente responsables de la muerte de los enfermos. El extender de esta manera la responsabilidad, amplía necesariamente el concepto del derecho a la vida al extremo que comprendería el “*estar sano*”. La verdad, es que no existe un derecho a estar sano; el derecho a la salud no se comprende de esa manera como ya se dijo, como también no debemos olvidar la dimensión proteccionista que exige todo derecho para ser considerado como tal: el derecho a estar sano es algo que el Estado no puede asegurar. No es obligación del Estado ni de nadie el asegurar la salud o el restablecimiento de ella para un tercero, ni evitar que muera.

⁵¹ UNGER, Peter y SINGER Peter. *Living High and Letting Die*, Oxford University Press, US A, 1996

IV. El derecho a la vida como a no ser muerto o asesinado

Esta visión se aparta de la concepción de derecho a la vida como el derecho a ser satisfecho con algo para no perecer, en cuanto restringe el campo de responsabilidad al imponerle a todas las personas la obligación negativa de no matar. Simplemente la obligación que recae en los terceros en este caso consiste en no matar al otro⁵².

Entender que el derecho a la vida siempre prohíbe matar a otro, lo transforma en un primer momento en un derecho absoluto. Esto genera automáticamente un problema en relación con la legítima defensa, toda vez que, si se prohíbe de manera absoluta el matar a otra persona, la persona debería dejarse matar, aunque le asistieran medios para su defensa efectiva. En efecto, la doctrina nacional está conteste en señalar que se acepta matar a otro en el contexto de la legítima defensa⁵³. Esta concepción del derecho a la vida también es analizada por Thomson mediante el siguiente ejemplo: “Una persona X despierta en la cama de un hospital y se da cuenta que está conectada, a través de sus riñones, a un famoso violinista que necesita diálisis. Miembros de la sociedad Amantes de la Música raptaron a X durante la noche porque es la única persona cuya sangre es compatible con la del violinista. X puede desconectarse sin mayores riesgos para él, pero ese acto le produce la muerte al violinista. Si creemos que el derecho a la vida del violinista significa llanamente el derecho a que no lo maten, entonces X no tendría el derecho a desconectarse porque vulneraría el derecho a la vida del violinista. Que X acepte vivir conectado al violinista por el tiempo necesario para solucionar el problema tampoco es una solución viable, porque puede ser que la carga extra del violinista a los riñones de X produzca un riesgo a la vida del mismo X si no se desconecta a la brevedad. Sin embargo, de todos modos, X no podría hacerlo porque el violinista tiene derecho a la vida, por lo que, en consecuencia, X debiese dejarse morir⁵⁴”. Es precisamente por esta consideración que Thomson rechaza esta postura al derecho a la vida

⁵² CORRAL, Hernán. Zapata, Patricio. Evans, Enrique. Varela, Jorge. Vivanco, Ángela. Silva, Jaime

⁵³ CORRAL, Hernán. Zapata, Patricio. Evans, Enrique. Varela, Jorge. Vivanco, Ángela. Silva, Jaime

⁵⁴ THOMSON, J.J. "A defense of Abortion." En *Philosophy and Public Affairs*. Vol 1, No. 1. 1971. pp. 55

y precisa, al igual que nosotros, que el derecho a la vida implica no ser muerto arbitrariamente.

La mayoría de la doctrina nacional⁵⁵ admite una concepción absoluta del derecho a la vida del *nasciturus* porque respecto de esta criatura no cabría justificación alguna para quitarle la vida. En los casos que más frecuentemente se justifica la muerte de otra persona es en el marco de la legítima defensa, la cual, respecto del *nasciturus*, es imposible de aplicar. Los autores solían asignar en esta materia al *nasciturus* y al nacido protecciones diferentes: al nacido se le conferían un derecho a la vida relativo y al *nasciturus* se le otorgaba un derecho a la vida absoluto. Desde la entrada en vigor de la ley 21.030, esta cuestión es la que se encuentra en conflicto. Un derecho a la vida relativo se entiende como tal porque para la persona nacida, ya le asiste la posibilidad de dar muerte a otra persona en la causal de legítima defensa o bien ser muerto por causa de legítima defensa de otro. Por su parte, un derecho a la vida absoluto se entiende como aquel ante el cual no concurre ninguna justificación que permita terminar con su vida. Los derechos constitucionales deben tener el mismo contenido y significado para todas las personas. Es por esto, por lo que no parece razonable admitir una concepción del derecho a la vida dividida en atención al supuesto titular que se trate. Sin salir del campo de la suposición en la cual el *nasciturus* goza de derecho a la vida, es necesario mencionar que desde el punto de vista dogmático constitucional, es inaceptable la existencia de un derecho absoluto que no permita la ponderación frente a otros derechos.⁵⁶ En efecto, existe un caso de jurisprudencia constitucional comparada en donde se le considera al *nasciturus* como titular del derecho a la vida ha sido en Alemania, en el cual se declara que el derecho a la vida del *nasciturus* no es absoluto y la hipótesis finalmente considerada por la corte fue que correspondía a situaciones de inexigibilidad para la mujer de continuar el embarazo, por ejemplo, por malformaciones, embarazo producto de una violación, pobreza, entre otras.⁵⁷

Para sustentar esta posición, encontramos la sentencia causa N° 195/2010 de la Corte de Apelaciones de Copiapó, de 09.06.2010. En este caso, se deduce recurso de protección

⁵⁵ FERNANDOIS, Arturo Obs. Cit 34 .

⁵⁶ ALEXY, R. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993, pág. 291

⁵⁷ Caso 88 BVerfge203, de 1993, Corte constitucional alemana

prestado por un cuadro de obstrucción intestinal secundario a bridas y adherencias de cirugías efectuadas en 2008, lo que provocó diversos procedimientos desde entonces, y en junio de 2010 requiere el paciente de una transfusión de sangre, no obstante, la familia del paciente se opone rotundamente debido a la religión que profesa – testigos de jehová -. La situación puntual recae en que la persona afectada se encuentra en estado de inconsciencia y conectado a ventilación mecánica por lo que es imposible que manifieste su voluntad. Por tanto, lo que se pide es que la corte supla el consentimiento del paciente y autorice a que se realicen las transfusiones para que se restablezca la salud del paciente. Cabe mencionar, que el establecimiento de salud siempre estuvo dispuesto a realizar la transfusión de sangre, aun cuando el paciente y su familia profesaban la religión de testigo de jehová. Esta actitud se fundamenta puesto que el personal médico buscaba mantener con vida al paciente y no arriesgarla de manera innecesaria, ya que debido a la gravedad de su situación médica su mejor opción era la transfusión; por tanto, el tribunal, acoge el recurso de protección interpuesto por el director del hospital regional debiendo aplicar el tratamiento correspondiente en omisión de su voluntad y aún en contra de su familia. El tribunal toma esta decisión ya que el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica no es un bien disponible, por lo tanto, se debe conservar y no renunciar a ella porque su protección no solo se establece en el interés del individuo, sino de toda la colectividad.

El caso plantea una colisión entre derecho a la vida y derecho a la libertad religiosa, viéndose como prima de forma clara el derecho a la vida por sobre la religión; además el tribunal señala que la persona no es dueña de disponer de su vida a libre arbitrio, sino que debe conservarla y no renunciar a ella.

Con relación al epígrafe, el caso planteado entrega directrices para ver como el derecho a la vida es el derecho que sirve de base a todos los otros derechos, como también entendemos que por su superioridad es de carácter absoluto de acuerdo con esta corriente de pensamiento que postula el derecho a la vida como el derecho a que no nos quiten la vida. Sumado a lo anterior, podemos sostener que el derecho a la vida del paciente en el caso particular se torna esencialmente en que no sea muerto por una creencia religiosa; en otras palabras, no obstante existir un elemento interno en la persona que rige sus actos y modos de obrar -como lo es la religión- no puede verse opacado el derecho a la vida debido a la jerarquía que el mismo

guarda y a la imposibilidad racional que tiene un tercero ajeno para terminar con la vida de una persona.

¿Podemos aceptar esta visión del derecho a la vida? Eventualmente se podría, pero falta un elemento claro y fundamental correspondiente a la cláusula de arbitrariedad.

V. El derecho a la vida entendido como el que no nos maten arbitrariamente

No es posible cerrar los ojos a la realidad, la cual dicta que los humanos se han matado entre ellos desde siempre, por razones económicas, sociales, religiosas, culturales, xenófobas, razones hay por millones, justificaciones ningunas. Esta posición viene a salvaguardar esta dimensión empírica, diciendo que el derecho a la vida de una persona se reduce a que no puede un tercero terminarla de manera discrecional. El enunciado es completo al agregar el vocablo *arbitrariamente*, toda vez que su presencia automáticamente nos conduce a entender que habría circunstancias en las cuales una persona puede dar muerte a otro y que ello no implique la vulneración al derecho a la vida de la eventual víctima. Con esta visión descartamos desde ya que el derecho a la vida sea la vida como un objeto elemental, porque se da a entender que si una persona pierde la vida, esta se tiene que hacer a través de una forma fenoménica -soporte biológico- sin que estas personas hayan sido vulneradas en su derecho a la vida, ya que cuando hablamos de muerte podemos tener diversos conceptos de ella en la mente, v. gr, muerte por una enfermedad incurable, muertes por homicidio u otro delito contra la vida e integridad física o psíquica de la persona.

Asidero jurisprudencial tiene esta postura, en sentencia de Corte Constitucional colombiana, sentencia tutela n° 301-16 de 9.06.2016 la cual retratará el caso de una doctora que se niega al procedimiento de aborto al accionante ya que el *nasciturus* presentaba malformaciones. El personal médico informa la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo no era posible ya que tenía una avanzada edad gestacional, lo cual significaría la práctica de un feticidio, sumado además a que el hospital no contaba con la capacidad técnica para realizar

este procedimiento específico. Por un lado, se considera transgresión de los derechos por parte de la entidad accionada ya que no estaba permitiendo la interrupción del embarazo y además la madre esgrime que al no poder interrumpir su embarazo de forma voluntaria fundamentando que esto le presenta un grave peligro para su vida, tanto por la afectación psicológica y por la inviabilidad del feto. En mérito de lo expuesto la sala 3ª de revisión de la corte constitucional de la República colombiana, resuelve condenar al establecimiento de salud a pagar y reparar integralmente los perjuicios que le causó al accionante por la violación de derechos fundamentales a la interrupción de su embarazo, ya que tenía el derecho por reunir las condiciones exigidas, pero en especial reparación atendida al daño psicológico.

Es posible entender que, a pesar de la visión pro-vida del establecimiento de salud por el avanzado estado gestacional del feto, la corte privilegia en este caso los intereses de la mujer por sobre las consideraciones médicas. Esto lo entendemos así, puesto que, en su sanción, condena al establecimiento al pago de una indemnización en beneficio de la mujer.

Relacionando el caso con la postura referente al derecho a la vida que se plantea, se trata de una situación en la cual el darle término a la vida del feto es justificable, toda vez que se encontraba en una causal que fundamentaba la petición de la mujer, consistente en malformaciones del feto. De haber practicado el procedimiento, a nuestro modo de ver, el establecimiento estaría en primer lugar protegiendo la vida de la madre y, en segundo lugar, no se presentaría un caso de vulneración al derecho a la vida del feto, puesto que no sería un final discrecional, sino que fundado.

El derecho a la vida en esencia corresponde a aquel que sirve de justificación para todos los otros derechos existentes, toda vez, que sin vida no hay persona y sin persona no hay derecho; en otras palabras, el derecho a la vida se encuentra vinculado al carácter humano y a la dignidad de las personas. A raíz de lo anterior, es que nuestros legisladores y constituyentes a lo largo de nuestra historia jurídica han establecido el derecho a la vida dentro de los cuerpos normativos de alta jerarquías normativas, como lo es en la actual CPR y en los Tratados Internacionales que versan sobre materias de Derechos Humanos -dentro de los cuales se encuentra adscrito el derecho a la vida- como también encuentra resguardo este derecho en normativas de menor jerarquía, como lo es el caso del código civil, el código

penal e inclusive el código sanitario. Así las cosas, desde ya debemos mencionar que el derecho a la vida es un derecho que le asiste a todas las personas: en primer lugar por el simple hecho de ser persona y el carácter intrínseco que tiene la vida en ella; y en segundo lugar porque a lo menos en Chile, todo el ordenamiento jurídico es obligatorio, dentro de toda la República, estando protegido y reconocido el derecho a la vida de todas las personas que sean de nacionalidad Chilena como también las que se encuentren inclusive de paso.

Un segundo elemento que debemos rescatar para concluir estas primeras páginas recae sobre la discusión acerca del sujeto de derecho que goza de la protección de la CIDN. En nuestro caso, la CIDN establece ser garante para todas aquellas personas que sean menores de 18 años, pero nada dice respecto de aquellas personas que aún no han nacido, por lo que la interrogante que surge naturalmente es si el *nasciturus* es sujeto de protección para la CIDN. En un primer lugar debemos mencionar que no. No es amparado el nasciturus con la CIDN, pero para el caso chileno ello cambia; y cambia por la sencilla razón que se encuentra integrado a nuestro ordenamiento jurídico, cuestión que permite sistematizar la CIDN con otras leyes que tiene el Estado de Chile, las cuales abren la puerta para la interpretación del momento en el cual se le debe protección a una persona, si es desde que nace o bien desde que se concibe, así, como se detallaron, en fojas anteriores ciertas “*bajadas*” normativas que permiten esclarecer que la criatura en el vientre materno, si es sujeto de protección, por ejemplo, por lo dispuesto en el art. 74 y 75 del Código Civil, articulados que no dejan otro significado, que hay un sujeto en potencia de ser humano al cual se le debe proteger.

Por último, podemos recapitular en cuanto decimos que las personas gozan de igualdad de condición al nacimiento; asistiéndole a todos los mismos derechos fundamentales, incorporándose dentro de estas prerrogativas, el derecho a la vida de la persona. Resulta importante este punto puesto que de esta forma evidenciamos que, al momento de comenzar la existencia terrenal en el mundo, se encuentran todas las personas en el mismo nivel, siendo merecedoras todas ellas de las medidas proteccionistas del sistema jurídico como también siendo titulares de un respeto y dignidad el cual debe ser respetado por la sociedad en su conjunto como por seres individuales dentro de ella que pudiesen opacar estas facultades del ser humano.

Es indispensable revisar como el Código Penal, Pacto San José de Costa Rica y la CIDH definen el derecho a la vida, y desde cuando comienza este derecho, por supuesto que existirán enormes diferencias en la forma de considerar este derecho.

TERCER CAPÍTULO

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LEY N° 21.030

Este capítulo se dedicará por completo al análisis a la Ley N° 21.030, la cual autoriza la interrupción voluntaria del embarazo en 3 causales. Para comenzar este estudio, debemos tomar como punto de partida la evolución histórica de la legalidad del aborto en Chile y con ello analizar el por qué se promulgó una ley que permite la interrupción del embarazo.

El código penal de Chile en 1874 fue el primer cuerpo normativo que consideró el aborto inducido como un delito. Posteriormente, en 1931 a través de un DFL, se estableció que *“por razones terapéuticas se podía interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer, procedimientos que requieren de la opinión documentada de tres facultativos”*⁵⁸, siendo derogado este cuerpo normativo en 1968 con la entrada en vigor de un nuevo código sanitario (DFL 725). Este decreto establece a su vez *“solo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a dicha intervención se requerirá de la autorización documentada de dos médicos-cirujanos”*⁵⁹. Luego, en 1989, el gobierno militar modifica nuevamente el código sanitario y vuelve a cambiar el tenor del artículo 119, estableciéndose esta vez: *“No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocarse un aborto”*. Es entonces, por esta normativa, que la legislación chilena en este punto es coherente con el artículo 19 N°1 de la CPR en cuanto expone: *“la ley protege la vida del que está por nacer”*. No obstante lo anterior, siguiendo la evolución histórica, el 31 de enero de 2015, la Presidente de la República, doña Michelle Bachelet Jeria, envía mensaje que inicia un proyecto de ley (mensaje n° 1230-362) que busca regular la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales: 1. Peligro de la vida de la mujer embarazada; 2. Embrión o feto que padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina; 3. Embarazo producto de una violación.

⁵⁸ Art. 226 Código Sanitario.

⁵⁹ Art. 119 Código Sanitario.

Este proyecto de ley finalmente fue aprobado con fecha 17 de marzo de 2016 en su primer trámite constitucional por la cámara de diputados; como también se aprueba su segundo trámite constitucional ante el Senado con urgencia simple con fecha 26 de octubre de 2016. Finalmente se publica como ley de la República, comenzando a regir con fecha 23 de septiembre del 2017.

Para poder entender qué nos llevó como país a instaurar esta ley 21.030, debemos dedicarle estudio a la historia fidedigna de la ley, con miras a encontrar los fundamentos jurídicos de su establecimiento. Para partir, el mensaje que inicia este proyecto, sostiene que la normativa que existía antes de instaurar la ley en comento, prohíbe de manera absoluta y criminaliza todo tipo de forma e interrupción, pero esta prohibición resulta ser simplemente teórica, puesto que la realidad de los hechos eran distintos, ya que siempre se mantuvieron las conductas abortivas, realizándose éstas en malas condiciones con malas prácticas, arriesgando innecesariamente la vida y la salud de las mujeres, conllevando a una vulneración a sus derechos ya que no responde al trato digno que el Estado de Chile debería otorgar a las ciudadanas en estas situaciones. Esto es así porque se parte de la base que la vida de toda persona se debe considerar en su más amplia dimensión, no siendo solo en la dimensión biológica, sino que debe ser integral a través de aspectos sociales y culturales que también forman parte de una persona. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario reconocer que el Estado en estas situaciones extremas no se encuentra facultado para imponer este tipo de decisión a las mujeres, sino que su deber es entregar alternativas y herramientas, respetando la voluntad de las mujeres, para asegurar el pleno respeto y ejercicio de sus derechos⁶⁰.

No obstante, esto, existe una realidad ante la cual no se pueden cerrar los ojos, ya que, en el mismo mensaje de la Presidente de la República, se hace alusión a cifras concretas de mujeres que hacen ingreso a sistemas de atención de salud con casos de aborto desde el año 2001 al 2012 (395.905). Todas estas interrupciones de embarazo recaen antes de las 22 semanas de gestación, es decir, que hay un promedio anual de 32.992 casos, en los cuales las mujeres se encuentran pasando por situaciones de gran complejidad. Estos registros nos

⁶⁰ Boletín N° 499-7.[Fecha de consulta: 16 de diciembre de 2018]. Disponible en <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=2693&prmBL=499-07>

hacen entender el número de casos de interrupción de embarazo en Chile, sean estos espontáneos o provocados; por tanto, al estar penalizado en toda circunstancia no se informa la realidad de esta situación, teniendo como consecuencia el vacío que hay para informar a las personas tanto con encuestas sobre educación sexual y reproductiva de las mujeres.

Por su parte las iniciativas parlamentarias para regular dicho proyecto han hecho eco de las demandas de la ciudadanía, presentando varias iniciativas que buscan hacerse cargo de la realidad de muchas mujeres de Chile. El primer proyecto que se elaboró en esta materia fue presentado en 1991 por la diputada Adriana Muñoz, Armando Arancibia, Carlos Smok, Juan Pablo Letelier y Carlos Montes⁶¹. Posteriormente el año 2003 se presentó una nueva moción por la diputada Isabel Allende, Carmen Ibáñez, Adriana Muñoz y María Antonieta Saa, y por los diputados Enrique Accorsi, Guido Girardi, Carlos Jarpa, Arturo Longton, Osvaldo Palma y Fulvio Rossi quienes presentan una nueva moción que intenta resolver esta problemática. Avanzando en el tiempo, el año 2009 el tema fue objeto de interés de los diputados Alfonso de Urresti, Alvaro Escobar, Marcos Espinosa, Ramón Farías, Tucapel Jiménez, Manuel Antonio Núñez, Jaime Quintana, Fulvio Rossi y Alejandro Sule, presentando nuevamente otro proyecto⁶². El mismo año se presentó un proyecto de ley de los senadores Jorge Pizarro, Mariano Ruiz Esquide, Ignacio Walker y Andrés Zaldívar⁶³, Siguiendo esta línea el senador Fulvio Rossi y la Senadora Evelyn Matthei⁶⁴. Es el año 2012 donde se debate en el Senado la idea de legislar sobre esta materia recogiendo todas las iniciativas antes mencionadas.

Recientemente, en el año 2013, la senadora Isabel Allende y los senadores José Antonio Gómez, Ricardo Lagos Weber y Fulvio Rossi, presentan una nueva moción⁶⁵. Por otro lado, hicieron también lo propio, las diputadas Adriana Muñoz, Clemira Pacheco y María Antonieta Saa junto con los diputados Gabriel Ascencio, Juan Luis Castro, Aldo Cornejo,

⁶¹ Boletín N° 499-7. [Fecha de consulta: 16 de diciembre de 2018]. Disponible en <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=2693&prmBL=499-07>

⁶³ Boletín N° 7965-11. [Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2018] Disponible en <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8361&prmBL=7965-11>

⁶⁴ Boletín N° 7373-07. [Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2018] Disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7767&prmBL=7373-07

⁶⁵ Boletín N° 8862-11. [Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2018] Disponible en <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9267&prmBL=8862-11>

Hugo Gutiérrez, Marco Antonio Núñez y Gabriel Silber⁶⁶. Por último, el mismo año el senador Guido Girardi presenta una nueva iniciativa. Durante el 2013 cabe destacar que existió una propuesta del anteproyecto del Código Penal, experiencia que ha sido útil para la comisión de profesores de derecho penal. Esto es convocado por el Ministerio de Justicia en septiembre de 2014 quienes hicieron revisión integral de la legislación penal vigente. Se debe mencionar también que existieron nuevas iniciativas en el año 2014 por la senadora Adriana Muñoz y los senadores Alfonso de Urresti, Guido Girardi, Alejandro Guillier y Jaime Quintana⁶⁷. Esta propuesta está contenida también en el boletín n° 9480-11 presentada por la entonces presidenta del Senado doña Isabel Allende, la senadora Adriana Muñoz y por los senadores, Guido Girardi, Alejandro Guillier y Jaime Quintana.

Todos los anteriores proyectos prelegislativos representan un avance al que contribuyeron también organizaciones civiles de mujeres, médicos, matronas, feministas y científicos, las cuales tienen como objetivo principal plantear como necesidad imperiosa el establecer políticas públicas que atiendan las problemáticas que viven las mujeres de Chile acerca de la interrupción del embarazo.

En el mensaje que envía el presidente de la República se encuentran enumerados diversos fundamentos que sustentan el proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo. Dentro de estos fundamentos encontramos en primer lugar, con respecto a nuestros compromisos con el derecho internacional de los Derechos Humanos, el cual exige que las leyes que se dicten en el Estado garanticen y resguarden las condiciones de las mujeres en distintas situaciones en nuestro país. Tanto es así que el 2004 el comité de derechos económicos, sociales y culturales recomendó al Estado de Chile que revise su legislación y despenalice el aborto cuando se trate de abortos terapéuticos o cuando haya embarazos que sean consecuencia de una violación o incesto. En segundo lugar, argumenta el ejecutivo, que existe un contexto normativo global, lo que se entiende que a pesar de que se pueden distinguir diversas legislaciones, ninguna de ellas es ajena a la forma en la cual en el contexto mundial se ha legislado la interrupción voluntaria del embarazo. Un tercer

⁶⁶ Boletín N°8925-11. [Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2018] Disponible en <<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=10092&prmTIPO=INICIATIVA>

⁶⁷ Boletín N° 9418-11. [Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2018] Disponible en <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9826&prmBL=9418-11>

fundamento a la pretensión legislativa de la presidente es que el Estado debe proteger y respetar la vida y la salud de las mujeres, reconociendo su autonomía. El Estado debe promover las condiciones de una vida digna por lo que resulta igual de importante la protección de la vida de la mujer, así como la del que está por nacer. Es por lo mismo que a través del presente proyecto lo que se busca es no obligar a ninguna mujer a interrumpir su embarazo, sino que a ofrecer alternativas en caso de 3 situaciones para que estas puedan tomar la decisión que dé cumplimiento a las necesidades de ellas.⁶⁸

La discusión y aprobación, el 2017, de la ley que despenalizó el aborto por tres causales y su posterior debate y fallo ante el Tribunal Constitucional⁶⁹ constituye uno de los eventos jurídico-políticos más relevantes de las últimas décadas en Chile. El cúmulo y complejidad de los distintos aspectos médicos, de género, filosóficos y morales, de política pública, de identidades culturales, de derechos humanos y fundamentales hicieron de ese proceso uno extraordinariamente complejo, donde las alianzas, lealtades y divisiones cruzaban el espectro político y el de las organizaciones sociales y religiosas. En pocas palabras, ante el aborto, su prohibición o despenalización, nadie quedó indiferente.

Por cierto, que estas circunstancias no son únicas de Chile. Todos los procesos de despenalización han sido acompañados de intensas discusiones y movilizaciones. Por dar solo un ejemplo, en un país como los Estados Unidos la materia es aun agudamente debatida y está jurídicamente en flujo⁷⁰. En el caso de Chile las circunstancias del debate eran más complejas por la existencia de un legado directo del gobierno militar: la prohibición absoluta del aborto⁷¹. De este modo, lo que en otros lugares podía entenderse como una disputa entre legisladores democráticos respecto a leyes aprobadas con consentimiento popular, en Chile se trataba, además, de eliminar un postrero acto del gobierno militar.

⁶⁸ Boletín N° 499-7.[Fecha de consulta: 16 de diciembre de 2018]. Disponible en <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=2693&prmBL=499-07>

⁶⁹ La sentencia del Tribunal Constitucional corresponde a los Roles 3729 y 3751, acumulados, con fecha el 28 de agosto de 2017.

⁷⁰ Véase lo sucedido recientemente con la aprobación de una casi completa prohibición en los Estados de Alabama y Georgia, con el claro propósito de llegar a una revisión ante la Corte Suprema

⁷¹ Como se sabe, entre 1931 y 1989 en Chile estuvo autorizado el llamado aborto terapéutico en el Código Sanitario. Será en las últimas horas del gobierno militar que la Junta de Gobierno legislará para eliminar esa excepción a la prohibición penal y así dejarla como absoluta

La discusión legislativa y el litigio constitucional sobre el aborto se dieron en Chile en el contexto del gobierno de la coalición política Nueva Mayoría, una alianza que llevó por segunda vez al poder a la presidenta Bachelet para el período presidencial 2014-2018. Esa coalición estaba compuesta por partidos de centro e izquierda, incluidos la Democracia Cristiana (PDC), el Partido por la Democracia (PPD), el Partido Socialista (PS), el Partido Radical (PR), el Partido Comunista (PC) y la Izquierda Ciudadana (IC). En la plataforma de la campaña presidencial de Bachelet se incluía la “despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en caso de peligro de la vida de la madre, violación o inviabilidad del feto.”⁷² Esa coalición tuvo mayoría absoluta en ambas cámaras, cifra en principio suficiente para aprobar un proyecto de despenalización, pero, como la historia de la ley lo demuestra, tan importantes fueron las diferencias intra coalición como las que hubo entre los partidos de gobierno y de la oposición, agrupados en la denominada Alianza por Chile, compuesta principalmente por la Unión Demócrata Independiente (UDI) y Renovación Nacional (RN).

El Gobierno envió el proyecto de despenalización en enero del 2015, siendo introducido en la Cámara de Diputados⁷³, aprobó el proyecto en marzo del 2016, pasando a su segundo trámite constitucional al Senado. Ese órgano lo aprueba, a su vez, en julio del 2017. Como se habían introducido cambios con respecto al proyecto aprobado por la Cámara, el trámite legislativo exige volver a aquel cuerpo en lo que se denomina el tercer trámite constitucional. La Cámara rechazó las modificaciones introducidas por el Senado, por lo que debió crearse una Comisión Mixta de diputados y senadores, la que emitió un informe a principios de agosto. Ese informe fue aprobado por ambas cámaras, con lo cual quedó finalizada la tramitación del proyecto. No bien ocurrido esto, senadores y diputados de la oposición presentaron dos requerimientos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, respectivamente, los que fueron admitidos a tramitación a principios de agosto. El tribunal abrió un período para recibir informes y de audiencias públicas antes de decidir. Se recibieron más de 200 informes y 135 organizaciones hicieron ver sus puntos de

⁷² Programa de Gobierno de Michelle Bachelet, p. 169..

⁷³ Se le dará el número de boletín 9895, que es el registro interno del Congreso para efectos de su identificación.

vista en las audiencias. El Tribunal Constitucional emitió su fallo a fines de agosto, rechazando por 6 votos contra 4 los requerimientos presentados, salvo en lo relativo a la objeción de conciencia, donde acogió las presentaciones, 8 votos a favor y 2 en contra, declarando que en ese aspecto la regulación aprobada era inconstitucional, ampliando la objeción de conciencia a las instituciones. Luego de esto, el proyecto pasó al Ejecutivo para su trámite de promulgación, siendo publicado el 23 de septiembre de 2017 como la Ley 21.030.

El proyecto aborda la complejidad del aborto con un ambicioso enfoque multidisciplinario, que, hay que decirlo, es el único que permite cabalmente entender esta realidad. Para efectos de presentar los diversos capítulos de esta obra los hemos organizado en tres temáticas. La primera dice relación con el proyecto y su debate y el texto finalmente aprobado la segunda agrupa los trabajos que describen y analizan los procesos y fenómenos de la movilización social, en particular de las feministas, que precedió y empujó tanto la aprobación como el litigio constitucional, amén también de cómo los medios y campañas intervinieron en favor o en contra de este. Por último, la sección final analiza con más detalle el fallo del Tribunal Constitucional que aprobó el proyecto, pero que introdujo un amplísimo y nuevo derecho en nuestro ordenamiento: el de la objeción de conciencia personal y colectiva.

I. Objetivos del mensaje del nuevo proyecto de ley

Como primer objetivo del mensaje del proyecto de la nueva ley se destaca como necesaria una ponderación que busque resolver conflictos de aquellos bienes que son inconmensurables, tratándose de situaciones extremas que afectan los derechos de la mujer y su dignidad. Por lo mismo en todas las causales que se presentan, se debe prestar por parte de la mujer un consentimiento libre, escrito e informado. Como segundo objetivo de la ley encontramos la protección de las niñas y las adolescentes, protegiendo su interés superior en coherencia con otras normas aplicables a niñas y adolescentes. El presente proyecto establece un tipo de protección diferenciado cuando hablamos de niñas mayores de 14 años y menores de 18 años, toda vez que, si una mujer dentro de este rango de edad pretende invocar alguna de las causales de la ley para interrumpir voluntariamente su embarazo, se cautela el

conocimiento de sus representantes legales, y a falta de estos, necesariamente se debe contar con otro adulto que cumpla esta función y esta presencia recae en una garantía para la menor. En tercer lugar, el proyecto de ley pretende destacar el rol de los prestadores y profesionales de la salud. Se plantea en primer lugar dentro de este objetivo que el prestador de salud o el profesional médico debe entregarle información escrita efectiva y veraz a la mujer de las implicancias que conlleva el tratamiento de la causal que ella pretenda invocar como además se establece como obligación al médico, señalarle a la mujer la palestra de alternativas u opciones a los tratamientos de interrupción.

Un segundo objetivo que plantea este acápite respecto a los profesionales de la salud, sostiene que se debe hacer una constatación de la causal que se invoca por la mujer, porque si bien la atención médica debe ser (muchas veces) inmediata, debe el médico tratante constatar la efectiva concurrencia de la causal que se invoca; en otras palabras, el médico debe tener convicción absoluta de la inviabilidad fetal, del riesgo de vida de la madre o bien tener hallazgos que hagan entender inequívocamente al personal médico que la mujer ha sido víctima de una violación y que a raíz de ésta se produjo la concepción. Esto es así por regla general, aunque excepcionalmente se puede obviar esta constatación en aquellos casos en que se exija una atención médica inmediata e impostergable, como son en los casos de riesgo de vida de la madre. Por último, encontramos el objetivo de la confidencialidad, con el cuál este proyecto busca evitar que la mujer se abstenga de brindar información verídica al personal médico tratante por miedo a ser objeto de persecución penal, por ejemplo, si fuese víctima de violación⁷⁴.

Para cerrar estas breves líneas acerca del establecimiento de la nueva ley debemos considerar, en primer lugar, señalar que nuestra Constitución Política se encuentra embebida con un sesgo político muy marcado que resguarda muchos temas sensibles para la sociedad, así como aquellos que guardan relación con el derecho a la vida, considerada como un elemento fundamental por sobre las prerrogativas de las personas, entregándole al ordenamiento jurídico una protección sólida a la vida del nasciturus como se refleja en el artículo 19 N° 1 de nuestra Carta Fundamental, al proteger la vida del que está por nacer, a

⁷⁴ Boletín N° 499-7.[Fecha de consulta: 16 de diciembre de 2018]. Disponible en <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=2693&prmBL=499-07>

su vez el artículo 75 del Código Civil, el cual permite al juez de familia, si logra su convicción, tomar todas las medidas que estime pertinente para proteger y resguardar los intereses de la criatura en el vientre materno, entre otras disposiciones que guardan sentido similar. Sin perjuicio de estos reconocimientos que de manera dogmática se le hace a la vida, no puede el Derecho cerrar los ojos ante la realidad o disociarse de lo que la sociedad se encuentre haciendo; en otras palabras, el que se prohíba el aborto de forma absoluta imponiendo sanciones penales a sus autores (tanto terceros, médicos e incluso la propia madre) no es realmente una razón que vaya a eliminar las prácticas abortivas clandestinas⁷⁵.

Ante la existencia de prohibiciones entendemos que la lógica sería acatarlas, pero también hay un gran grueso de la población que son grandes incumplidores de las normas, debiendo situar a las mujeres antes de la entrada en vigencia de la nueva ley en este grupo.

En suma, el establecimiento de la nueva ley es una manifestación del dinamismo que debe guardar el Derecho y los ordenamientos jurídicos a los cambios sociales que se presenten, y en este caso particular, la situación de prohibir en manera absoluta el aborto a las mujeres en Chile, genera un efecto más perjudicial que positivo, siendo inclusive opacados o vulnerados de lleno los derechos de las mujeres, en especial el derecho que se tiene sobre el cuerpo propio.

II. Diferencia entre aborto e interrupción

En este título se pretende explicar la diferencia entre un aborto terapéutico de la interrupción del embarazo. En la práctica médica siempre se han producido interrupciones de embarazos por patologías que aquejan a la mujer, como por ejemplo una preclamsia, patología que pone en grave peligro de la vida a la mujer y para su tratamiento, se debe interrumpir el embarazo. Estas prácticas han tenido sustento en el deber que debe cumplir el médico en su labor, puesto que, de no realizar el procedimiento de interrupción y falleciendo posteriormente la mujer, el médico arriesga sanciones penales por negligencia.

⁷⁵ Boletín N° 499-7.[Fecha de consulta: 16 de diciembre de 2018]. Disponible en <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=2693&prmBL=499-07>

Ahora bien, la diferencia total de los conceptos radica en la intencionalidad que se tiene en orden a dar muerte al feto. En el aborto terapéutico se inicia el procedimiento con el único objetivo de dar muerte directa al feto. Por su parte, el procedimiento de interrupción del embarazo se inicia a consecuencia de un tratamiento a que debe someterse la mujer porque su vida se encuentra en riesgo. De esta manera, cuando se interrumpe el embarazo se está haciendo con miras de un bien -podríamos decir- mayor, toda vez que está considerando como fundamento la protección de la vida e integridad psíquica como psicológica de la mujer. Para graficar de mejor manera esta diferencia a que hacemos alusión, proponemos el siguiente ejemplo: Si una persona tiene un piano en su casa y sabe cómo tocarlo, si interpreta una pieza cuando tiene invitados con el fin de agradecerlos, pareciera estar realizando un acto bueno e inclusive noble; ahora cuando esta misma persona, interpreta la misma pieza musical pero esta vez con ánimo de despertar a su pareja, se está presente frente a una intencionalidad determinada y rotundamente distinta. Así mismo sucede con el aborto terapéutico y la interrupción del embarazo: el aborto terapéutico tiene por fin único darle muerte al feto, en cambio la interrupción del embarazo no tiene por fin darle muerte al feto, tiene por objetivo proteger la vida de la mujer que no puede continuar de manera segura con la gestación. Si a raíz de la interrupción el feto muere, no se considera como una práctica abortiva, toda vez que falta -en términos penales- el *animus* de matar al feto⁷⁶.

III. En qué consiste la modificación legal

En un inicio, el código sanitario de 1968 contemplaba en su artículo 119 : ”*Solo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos cirujanos*”. Con posterioridad, el gobierno militar derogó esta disposición, siendo instaurada por la ley 18.826 de 15 de septiembre de 1989: Artículo 119: “*No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto*”. Actualmente, la ley 21.030 de 23 de septiembre de 2017 contempla como nuevo artículo

⁷⁶ Boletín N° 499-7.[Fecha de consulta: 16 de diciembre de 2018]. Disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=2693&prmBL=499-07>

119⁷⁷: “Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando: 1) La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida 2) El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal. 3) Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación(...)”.

En esencia, la modificación legal comprende la inclusión de 3 causales que una mujer puede invocar con el fin de interrumpir el embarazo.

La primera de ellas sostiene: *La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.* En esta causal se encuentra en riesgo la vida de la mujer de modo que la interrupción del embarazo nos evita el peligro para su vida ya que ella tiene derecho a tratamientos médicos necesarios para perseverar su vida. Cuando hablamos de riesgo vital, nos significa que se autoriza la interrupción al embarazo de manera irrestricta, es decir que, ante el riesgo de vida de la madre, no existe un tiempo de gestación máximo para poder interrumpir el embarazo -no siendo como el caso de la 3^a causal que si tiene un tiempo máximo para poder operar-. Esta causal se presenta porque la primera causa en Chile de Mortalidad Materna (en adelante MM) se produce por patologías indirectas, así como enfermedades cardiovasculares, hipertensivas graves, patologías pulmonares, enfermedades renales terminales entre otras. El Ministerio de Salud está conteste en señalar que dentro de las principales causas de MM corresponde en primer lugar a muertes obstétricas indirectas, seguido de edemas y trastornos hipertensivos en el embarazo. Con todo” *los abortos de causa médica estimado sobre el promedio de nacidos vivos en Chile entre el año 2000 y el 2009 corresponden a insuficiencia Renal Grave (...), Falla Renal en Monorrena trasplantada (...) Cáncer de cuello uterino(...)*⁷⁸”.

⁷⁷ Boletín N° 499-7.[Fecha de consulta: 16 de diciembre de 2018]. Disponible en <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=2693&prmBL=499-07>

⁷⁸ Molina, R. (2012) “Aborto: Mitos y Realids” Iniciativa Laicista. Número Especial. Octubre, Santiago, Chile.

Dentro de esta misma causal n°1 comprendemos otro aspecto importante que contempla la postura de la OMS. La OMS define la salud como: *“un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”*. De esto último podemos inferir igualmente que las leyes que se generen en un país también deben ser tendientes a garantizar esta condición de las personas, de manera que se abre la puerta para situaciones de gestaciones riesgosas tanto para la salud y/o la vida de la mujer, considerando salud mental, física, social y económica. Así las cosas, se debiera incluir también en esta primera causal además del riesgo de vida, el riesgo a la salud de la madre. No solo hay patologías comunes inmersas en gestaciones complicadas, sino que pueden devenir inclusive situaciones impredecibles, como lo es por ejemplo el suicidio en adolescentes embarazadas. Estas personas son personas sanas, pero por el traumatismo del evento que es el embarazo llega a ser traumático para ellas existiendo por consiguiente mayor vulnerabilidad e impulsividad.

La segunda causal que contempla la ley 21.030 sostiene: *“Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando: El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal*. Para desentrañar esta causal primero podemos decir que se define en ella la incompatibilidad con la vida, incluyendo malformaciones o enfermedades que no permitirán al feto desarrollarse normalmente ni lograr una infancia exitosa.

Se perfila de igual forma en esta causal una prevención a la mujer, *“puesto que un embarazo inviable aumenta el riesgo de MM en 4 veces”*⁷⁹. Se entiende que someter a una mujer a ese riesgo por un embarazo inviable se podría incluir igualmente en una conducta negligente por el personal médico. De la mano con este punto tenemos evidentemente el gran avance tecnológico en el campo médico, pudiendo diagnosticarse en forma prenatal las inviabilidades del embrión o feto incompatible con la sobrevivencia. En estadísticas del

⁷⁹ Dides, Claudia. Fernández, Constanza, Truan Dominique, Zuñiga, Alejandra. Minuta de argumentos para defensa proyecto de ley que regula la interrupción voluntaria del embarazo por tres causales. [18 de diciembre 2018] Disponible en: < <http://mileschile.cl/wp-content/uploads/2015/09/Minuta-Senadores-Comisión-Constitucionalidad.pdf> >

Minsal se han registrado un total de 1.192 casos de inviabilidad fetal por causas genéticas y fallas en el desarrollo embriológico cada año⁸⁰.

Por último, la tercera causal que se contempla por la ley en comento sostiene: *“Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando: Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación (...)”*. Esta causal corresponde a un embarazo no deseado que es producto de una violación. En este escenario, el negarle la posibilidad de abortar a una niña violada, es en otras palabras *“decirles a las mujeres que la vida no importa⁸¹”*. En esta causal debemos considerar un elemento central, que corresponde a los daños psicológicos que trae aparejada una acción de violación. Es por esto último que las mujeres violadas tienden a sufrir de trastornos de estrés postraumáticos, depresiones, trastornos evitativos involucrando fobia social e incluso llega al punto de ideaciones suicidas.

Es importante decir igualmente que la mayoría de las violaciones que terminan en embarazo son cometidas sobre adolescentes. El embarazo en ellas es una causal de riesgo a la salud materna puesto que las adolescentes configuran un grupo vulnerable físico derivado de la inmadurez de sus sistemas reproductivos como también inmadurez psicológica para llevar el embarazo. La OMS, OPS y sociedades científicas de ginecología y obstetricia internacionales reconocen que una adolescente tiene triplicado el riesgo de desnutrición, anemia, hemorragia e incluso complicaciones del parto.

Según el SENAME en 2013 se registraban un total de 72 niñas y adolescentes embarazadas por violación ingresadas a su red de protección. El mayor de estos grupos era de entre los 14 y 15 años con 36 casos, seguido de 17 embarazos en niñas con edades entre los 12 y 13 años. De estos casos, solo hay un registro de 5 niñas que están siendo atendidas en Residenciales especializadas para madres adolescentes (RPA) en el SENAME.

⁸⁰ Molina, R. (2012) “Aborto: Mitos y Realidades” Iniciativa Laicista. Número Especial. Octubre, Santiago, Chile.

⁸¹ ⁸¹ Boletín N° 499-7.[Fecha de consulta: 16 de diciembre de 2018]. Disponible en <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=2693&prmBL=499-07>

Sumado a lo anterior, debemos igualmente considerar que las mujeres con mayor vulnerabilidad social son aquellas que se exponen mayormente a violaciones que terminan en embarazos. De acuerdo con estadísticas publicadas por el Servicio Médico Legal (SML) en el año 2011, en Chile, cada 25 minutos una mujer era violada. “*Diariamente en Chile al menos 17 personas son víctimas de violación y 34 de abusos sexuales, según un informe del año 2011 de la unidad de Delitos Sexuales de la Fiscalía Nacional*”.⁸²

IV. Mecanismos diferenciados en la ley para mujeres según su edad

| | Mujer mayor de edad | Mujer incapaz interdicto y no interdicto | Mujer menor de 14 años | Mujer menor de 18 años y mayor de 14 años. |
|----------------|--|--|--|---|
| Consentimiento | Expreso, previo y por escrito de interrumpir el embarazo | No interdicto: se dispondrá de medios alternativos para prestar consentimiento en concordancia con lo dispuesto a la ley n° 24.422 y en la convención sobre los derechos de las | Se requiere su voluntad en cuanto a la interrupción del embarazo, como también debe contar con la autorización de su representante legal, o de uno de ellos, a elección de la niña, si tuviere | Es requisito fundamental que la voluntad para interrumpir el embarazo manifestada por una adolescente de estas edades sea informada a su representante legal. En el |

⁸² El Mercurio: “Estudio revela que en Chile se cometen 17 violaciones diarias y 34 abusos sexuales”, Diario El Mercurio, disponible en: <http://www.emol.com/noticias/nacional/2011/09/23/504699/analisis-revela-que-en-chi-le-se-cometen-17-violaciones-diarias-y-34-abusos-sexuales.html>. Consultado el 26 de diciembre 2018

| | | | | |
|---------------------|--|---|---|---|
| | | <p>personas con discapacidad</p> <p>Interdicto: Si ha sido judicialmente declarada interdicto por causa de demencia, se deberá obtener autorización de su representante legal, teniendo siempre consideración opinión de la mujer salvo que su incapacidad impida conocerla.</p> | <p>más de uno de ellos. A falta de autorización, entendiéndose como tal la negación del representante legal o si este no fuese habido, la niña será asistida por un integrante del equipo de salud, quien podrá solicitar la intervención de un juez de familia para que constate la causal ocurrida, teniendo el tribunal 48 horas de plazo para resolver desde que se presenta.</p> | <p>caso que tuviere más de uno, solo se dará aviso al que ella estime</p> |
| Investigación penal | Toda mujer que sea mayor de edad y que no haya | | Los jefes del establecimiento hospitalario o clínicas | |

| | | | | |
|--|---|--|---|--|
| | denunciado el delito de violación, los jefes del establecimiento hospitalario o clínicas particulares deberán poner en conocimiento del Ministerio Público este delito con la finalidad que investigue de oficio a él o los responsables. | | particulares en que se solicite la interrupción del embarazo procederán de oficio conforme a los artículos 369 del Código Penal y 175 letra d) y 200 del código Procesal Penal. Deberán, además notificar al Servicio Nacional de Menores ⁸³ | |
|--|---|--|---|--|

Las diferencias valóricas y políticas con respecto al proyecto explican en parte la intensidad del debate legislativo, como se aprecia tanto en el trabajo de Felipe Harboe, abogado y senador del Partido por la Democracia (PPD), e Ignacio Castillo, abogado y ex jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia de Chile, titulado “Breve reconstrucción histórica-legislativa de la Ley 21.030 que reguló en Chile la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”, como del diputado demócratacristiano y médico Víctor Torres, denominado “La despenalización del aborto en

⁸³ Ley 21.030

tres causales bajo una perspectiva humanista cristiana”. El trabajo de Harboe y Castillo parte destacando que proyectos como el de aborto comparten una misma naturaleza con otros, como lo son el divorcio o la reforma que puso fin a los hijos ilegítimos, en el sentido de ser leyes que “permiten una genuina y abierta democracia, ir avanzando en reformas que fortalecen la condición para la no dominación de ciertos grupos sociales y, luego, para un actuar más libre”, observación que ya nos pone en perspectiva lo intenso de los intereses y derechos implicados en la legislación propuesta.

Explican también el debate y expresan posición sobre el significado del artículo 19 n°1 de la Constitución. El actual artículo 19 n°1 de la Constitución Política de la República, que es un precepto enteramente nuevo en nuestro derecho constitucional, introducido por la Comisión Ortúzar, Tomás Vial Solar asumiendo la postura de que este implica para el legislador un mandato de protección no absoluto, y no el otorgamiento de una subjetividad y titularidad de derechos al no nacido. Destacan también que uno de los puntos de más debate fue el carácter de la ley desde el punto de vista penal, entre la opción de una ley que establecía causales de justificación –es decir, que eliminaba el ilícito de las conductas en las tres causales– o, como pretendió la oposición al proyecto, que solo se entendiera como una ley que eximía de la culpabilidad, pero no eliminaba el delito.

La cuestión tenía profundas consecuencias penales, simbólicas y de política social. Adoptar la segunda postura implicaba que la mujer que abortaba en los casos contemplados en el proyecto debía ser objeto de una investigación criminal y que solo en la etapa de sanción no sería condenada. Además, mantener como delito el aborto en esas causales hacía prácticamente imposible considerar esas circunstancias como objeto de prestaciones de salud, además, se reconoce un derecho a objeción de conciencia, pero de carácter estrictamente individual, y siempre que su ejercicio no afecte el derecho de terceros, en este caso, los de la mujer.

Por ello son críticos de la postura que finalmente adoptó el Tribunal Constitucional al reconocer una objeción de conciencia de personas jurídicas considerando, además, que ese aspecto de la sentencia es un acto que afirma la necesidad de una reforma profunda de ese órgano constitucional. Fue la presidenta Bachelet quien realizó un gran esfuerzo en encontrar un adecuado consenso dentro de la coalición de gobierno, incorporando el acompañamiento

y la objeción de conciencia, y que eso permitió el avance del proyecto y su final aprobación. la comisión de expertos nombrada por el régimen militar para redactar lo que sería el primer borrador del texto de la futura constitución de 1980, dispone:

El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer. La pena de muerte solo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado. Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.

Este proyecto fundado en la constatación de las situaciones a que estaban expuestas las mujeres en razón de la prohibición total, lo llevaron a los parlamentarios a concluir que “ante casos tan dramáticos, comenzaba a ser inconcebible que el Estado no permitiera dar un espacio para el diálogo interno, libre y voluntario, donde pudiera decidir si acaso deseaba continuar el embarazo o interrumpirlo”.

Algunos de los principales dilemas que se produjeron en la discusión parlamentaria respecto a las tres causales incorporadas en la ley, haciendo ver que la tercera causal –por violación–, que fue la que más temores produjo por su eventual abuso, a un año de entrada en vigencia la ley, ha sido la menos empleada. Por otra parte, la objeción de conciencia para es también consecuencia de la dignidad humana y la libertad religiosa, pero ese fundamento fue distorsionado por la decisión del Tribunal Constitucional al agregar la objeción institucional.

Desde la adopción del Código Sanitario en 1931 y “durante 58 años (1931 a 1989), en Chile estuvo permitido que una mujer se sometiera a un aborto por motivos terapéuticos, lo que podía ser practicado en toda la estructura sanitaria del país, constituyendo parte de la práctica clínica ordinaria de los servicios gineco-obstétricos.” Luego pasan a analizar las tres causales aprobadas desde una perspectiva de los datos de salud, señalando respecto a la primera que el país posee la segunda tasa más baja de mortalidad materna en la región, luego de Uruguay.

Pero esas cifras “se han mantenido estables desde hace ya más de 2 décadas, con una tasa de 17/100.000, sin embargo, no ha sido posible arribar a las cifras comprometidas en los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) correspondientes a 9,9/100.000 al año 2000, además la mortalidad materna tardía se ha incrementado.” Señalan que la aprobación de la

ley podría ayudar a reducir esas tasas, llegando a tener “incidencia en aproximadamente el 54% de las muertes maternas, pues gran parte de ellas corresponden a aquellas acciones terapéuticas que no se llevaron a cabo de manera oportuna, afectados por la prohibición absoluta de aborto”.

Respecto la segunda causal indican que los estudios permiten estimar alrededor de 500 casos anuales de patologías congénita adquirida o genética, incompatibles con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.

En cuanto a la tercera causal, observan que no hay datos nacionales y registros unificados por lo que no es posible tener una proyección siendo la información incompleta. Pero haciendo proyecciones en base los datos conocidos, se puede estimar que se cubrirían unos 2.000 casos anuales. Las autoras señalan que la aprobación de la ley da marcha a procesos de cambios culturales que vienen a modificar los efectos que la prohibición absoluta había producido, tanto en la sociedad como en el mundo médico y de los servicios de salud⁸⁴.

Estos son en 3 ámbitos: a) validación de la interrupción del embarazo en cuanto procedimiento clínico; b) despenalización social de la interrupción del embarazo; c) rol de la voluntad de la mujer en la interrupción del embarazo. El trabajo de la profesora y médica Adela Montero, denominado “Algunas consideraciones y reflexiones en torno al debate sobre aborto y su despenalización en Chile”, aborda varios tópicos relativos a la ley, entre ellos, las características del debate sobre el aborto, los distintos enfoques ético-filosóficos sobre aquel, para terminar ahondado en la situación del embarazo a consecuencia de violación. La autora señala que el debate en torno a la despenalización estuvo centrado en los siguientes temas: a) derecho del embrión/feto, a la vida; b) derecho a la mujer a decidir sobre su sexualidad y reproducción; c) embarazo por violación; d) aborto por causales o plazo versus aborto sin expresión de causales; e) deber de los integrantes del equipo de salud respecto de la confidencialidad versus denuncias; f) necesidad de acompañamiento y objeción de conciencia individual e institucional.

Adela Montero indica que hay tres que permiten discutir sobre el aborto: el enfoque consecuencialista, el enfoque derivado del naturalismo cristiano y el enfoque feminista,

⁸⁴BECERRA Casas, Lidia, VARGAS Maira, Gloria. Aborto en tres Causales en Chile. Lecturas del Proceso de Despenalización, 2019, Pág. 12

basado en la autonomía y autodeterminación de la mujer. En cuanto al embarazo por violación, la autora revisa las cifras sobre esto y los casos en que se ha solicitado tras la entrada en vigencia de la ley, concluyendo “que es necesario agregar que el embarazo como consecuencia de violencia sexual constituye una grave realidad social, con connotaciones muy diferentes a un embarazo no planificado producto de actividad sexual consentida, por lo que no es posible siquiera pensar en homologarlo. Asimismo, resulta completamente inadecuado interpretar, valorar y juzgar a las víctimas, con referentes ajenos al contexto de la agresión sexual, que hace de este embarazo un evento doblemente difícil y crítico, por ser no esperado, no deseado, no planeado y además consecuencia de violencia y agresión.”⁸⁵.

⁸⁵ BECERRA Casas, Lidia, VARGAS Maira, Gloria. Aborto en tres Causales en Chile. Lecturas del Proceso de Despenalización, 2019, Pág 13

CUARTO CAPÍTULO

VULNERACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA LEY N° 21.030 EN RELACION A LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Este apartado estará dedicado a abordar la problemática existente que ha surgido en torno a la colisión de derechos entre la CIDN y la promulgación de la ley N° 21.030. pero no solo es esta convención la que tenemos que considerar, sino todos aquellos tratados que versen sobre materias de derechos y deberes de los niños que son considerados al momento de adoptar políticas públicas y materias de ley que vayan en beneficio de los niños. La idea principal de este acápite es poder esclarecer todas las dudas, vicisitudes que pueden a ver quedado sin resolver en los capítulos anteriores, y obviamente determinar si existen discrepancias en cuanto a la protección de menores.

Como revisamos en su momento, el derecho a la vida y a la integridad física y síquica como garantía constitucional ingresa a nuestra tradición constitucional con la Constitución del 80. ¿Antes no se garantizaba? La jurisprudencia siempre entendió que el ser humano tenía un derecho a la vida, sólo que no había sido explicitado en el texto constitucional, pero de todas maneras era parte de la tradición constitucional. El derecho a la vida como garantía constitucional, está dotado de una doble protección o más bien podemos distinguirlo desde dos ámbitos, desde una dimensión subjetiva y objetiva⁸⁶.

Desde una dimensión subjetiva: como derecho subjetivo, tiene titulares que son beneficiados con el derecho a la vida e integridad física y psíquica y esos titulares son las personas naturales. Estos derechos implican la capacidad de ejecutar ciertas acciones para proteger dicho derecho, pero también implica una cierta esfera de inmunidad y de autonomía

⁸⁶ Síntesis del análisis jurídico relativo a la constitucionalidad del proyecto de ley de despenalización del aborto en tres causales. Elaborado por la Abogada y Dr. En Derecho Alejandra Zúñiga. Académica Universidad de Valparaíso, colaboradora de la Corporación Miles. Evidencia y argumentos Interrupción Voluntaria del Embarazo Discusión Proyecto de Ley. Corporación Miles, 2015.

de no infracción del Estado, que, como ya sabemos, es el efecto vertical de los derechos fundamentales. En cambio, visto desde una perspectiva objetiva, establece ciertas obligaciones al Estado, obligaciones institucionales al legislador, en el sentido de como nuestras instituciones garantizarán el derecho a la vida. Estas obligaciones, implican una obligación del estado de no interferir contra el derecho a la vida, lo que significa que se deben tener una serie de instituciones o leyes que no interfieran con la vida de las personas.

El artículo 19 de la Constitución chilena de 1980 asegura a todas las personas, “1° el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”. En el inciso segundo de este artículo se establece que la “ley protege la vida del que está por nacer”. Mientras en el primero se reconoce el derecho a la vida de las personas, en el segundo se protege no un derecho sino un mero bien jurídico. Es necesario distinguir entre el reconocimiento del derecho a la vida de las personas, y la protección relativa del nasciturus, la cual debe ser armónica con los derechos humanos de las mujeres⁸⁷. Desde un análisis estrictamente jurídico hermenéutico tanto de la Constitución chilena de 1980 como de la Convención Americana de Derechos Humanos, se concluye sin duda alguna que, de los elementos de interpretación constitucional con los que cuenta la doctrina y jurisprudencia para dar sentido y alcance al artículo 19 n°1, el proyecto de despenalización del aborto en tres causales es perfectamente constitucional

Resulta ineludible para una adecuada interpretación de la Constitución, tomar en consideración especial la Sentencia Artavia Murillo de la Corte Interamericana de derechos humanos, la que se ocupa de interpretar el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por primera vez en relación con los derechos reproductivos. En esta línea, las directrices de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la implementación del artículo 19 n°1 de la Constitución chilena son:

⁸⁷ Síntesis del análisis jurídico relativo a la constitucionalidad del proyecto de ley de despenalización del aborto en tres causales. Elaborado por la Abogada y Dr. En Derecho Alejandra Zúñiga. Académica Universidad de Valparaíso, colaboradora de la Corporación MILES. Evidencia y argumentos Interrupción Voluntaria del Embarazo Discusión Proyecto de Ley. Corporación Miles, 2015.

1. El articulado de la Convención Americana sobre derechos humanos no hace procedente otorgar el estatus de persona al embrión (223).
2. El objeto directo de protección del art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos es fundamentalmente la mujer embarazada. (223).
3. A la luz del Pacto de San José de Costa Rica, la vida desde la concepción y antes el nacimiento es un derecho excepcional o limitable en la medida en que entre en conflicto otros derechos, como en especial los derechos de autonomía de la mujer embarazada, que es el objeto directo de proyección de la Convención (Corte Interamericana, 264; 223).
4. En base al principio de interpretación más favorable de los derechos y libertades reconocido en la Convención Americana, se declara inadmisibles la protección absoluta del derecho a la vida. En especial aquella que comporte “la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o los límites en mayor medida que la prevista en ella” (259).
5. La protección del no nacido “es gradual e incremental según su desarrollo” (257, 264, 265 y 316).

La CDIN, en su artículo 6, número 1 señala que, los Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. A su vez, el Pacto de San José de Costa Rica, señala en el artículo 4, número 1, que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

También, la Ley N° 20.120 sobre Investigación Científica en el ser humano, establece en el artículo 1, que la 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.

En el ámbito penal, también encontramos que existe una protección, aunque no existe una definición de vida propiamente tal, es un bien jurídico protegido penalmente. Sin embargo, existen discrepancias tanto en relación con el contenido exacto de este bien jurídico como con el alcance que debe asignarse a su protección penal, las que se vinculan también con las

consideraciones sobre el derecho constitucional a la vida. Tradicionalmente, las constituciones no solían consagrar de manera expresa este derecho, pues se le daba por sobreentendido al encontrarse implícito en todos los demás derechos que ellas garantizan. Sin embargo, como una reacción frente a los numerosos atropellos contra la vida que la humanidad presencié durante el siglo XX, a partir de los años cuarenta del siglo pasado se observa una tendencia a la consagración explícita del derecho a la vida. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, fue la primera en contemplarlo de manera expresa. La Constitución chilena de 1980 en su artículo 19 N°1 inciso 1° asegura a todas las personas “el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”. En su inciso segundo agrega: “La ley protege la vida del que está por nacer”.

Ahora bien, este derecho a la vida no debe ser confundido con la vida misma como proceso biológico natural, que no puede ser mantenida ilimitadamente en cuanto tal y culmina en la muerte. El término “derecho” tiende a designar la facultad de exigir algo de alguien, lo que supone una relación entre un sujeto titular del derecho, un objeto pedido y un sujeto a quien se pide, que queda obligado a cumplir con el deber correlativo al derecho. En consecuencia, el objeto del derecho a la vida no es la vida misma, sino una prestación o actuar humano; en concreto, una conducta de respeto con la vida o, dicho de otro modo, el deber de no matar. En cambio, el objeto de protección penal no puede ser el derecho a la vida, sino más bien la vida misma, recogiendo una distinción hace mucho tiempo aceptada en el ámbito penal, en el sentido de que este protege bienes jurídicos o intereses socialmente valiosos y no derechos subjetivos de los individuos. La protección que se otorga a este bien jurídico es amplia, aunque no absoluta, y opera incluso a pesar de la voluntad su titular porque no es un bien disponible.

Luego de revisar las disposiciones en las cuales encontramos que el derecho a la vida está protegido, estamos en condiciones de poder determinar si la aprobación del aborto en las tres causales que estipula la ley N° 21.030 se ajusta a los términos establecidos por los tratados y convenciones en la que el Estado Chileno forma parte.

Cuando nos referimos al comienzo de la vida, aludimos a aquel en que comienza a existir la vida de un ser humano, porque no existe alguna declaración legal, pero la opinión mayoritaria lo identifica con el de la fecundación del óvulo por el gameto masculino, pues la

biología y la genética aportan datos incuestionables para afirmar que la vida humana comienza “cuando de dos realidades distintas —el óvulo y el espermatozoide— surge una realidad nueva y distinta —el cigoto— con una potencialidad propia y una autonomía genética ya que, aunque dependa de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético. Puesto que ese programa genético es específicamente humano y no de ratón o de zanahoria, la nueva vida surgida es evidentemente humana”⁸⁸ . A lo que se añade que “el embrión temprano no es un simple tejido homogéneo o indiferenciado. El cigoto (o fase unicelular del individuo) se constituye a partir del material heredado de los progenitores, como una célula con organización polarizada y con una propiedad peculiar que la distingue de cualquier otra célula: contiene el plano de las primeras divisiones celulares y se organiza en una unidad vital, tanto en sus estructuras espaciales como en sus funciones. Es un organismo en su fase inicial más sencilla y no una mera célula”⁸⁹ . En otras palabras, es un organismo individual vivo de la especie humana: un ser humano. Ahora bien, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, en su artículo 4º N°1 establece que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Dicha Convención es parte del ordenamiento jurídico chileno, por lo que puede afirmarse que el derecho nacional entiende que hay vida humana, merecedora de protección como derecho, a partir de la fecundación .

A ello se agrega la declaración contenida en el art. 1º de la Ley N°20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y que prohíbe la clonación humana. En dicha norma se establece que “esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de su concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas”.

⁸⁸ GAFO, Javier (1986): Nuevas técnicas de reproducción humana, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, p. 40.

⁸⁹ LÓPEZ MORATALLA, Natalia, “La realidad del embrión humano en los primeros quince días”, en Persona y Bioética, Universidad de La Sabana, Bogotá, Colombia, N°20-21, 2004, p. 6.

Pese a reconocer la existencia previa de la vida, buena parte de nuestra doctrina declara que su protección penal comienza sólo a partir del momento de anidación del óvulo fecundado en el útero materno, entendiendo que solo entonces estaríamos ante una mujer embarazada a la que se refieren los tipos de aborto. Así como para otros, la vida comienza con la fecundación.

V. Problematización de las 3 causales con el derecho a la vida

En este título se pretenden analizar las causales que la ley establece para la interrupción voluntaria del embarazo y como es que ellas se articulan con los derechos a la vida, tanto de la mujer como del nasciturus, buscando las posibles relaciones que podrían establecerse entre ambos, tanto en un aspecto positivo como eventualmente negativo.

En primer lugar, analizamos la causal referente al riesgo vital de la mujer, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida. En esta causal se presenta el escenario de una mujer que, a raíz de una complicación en su embarazo, debe someterse a la interrupción de la gestación buscando eliminar el factor de riesgo para ella. En esta visión, si comparamos la causal con las concepciones dadas del derecho a la vida, podremos apreciar que existe una concordancia en cuanto al objeto que pretende la causal y las concepciones del derecho a la vida que entienden por tal el derecho a vivir como también la postura que lo concibe como el derecho a recibir lo mínimamente necesario para no morir. Esto se explica porque, en primer lugar, la causal está establecida para la protección de la vida de la madre y en esta posición, está evidente el apoyo que da esta causal a la concepción que plantea el derecho a la vida como el derecho a vivir, toda vez que de no realizar la prestación médica que involucra la interrupción, la mujer perdería la vida, situación que efectivamente - podríamos decir - presentaría una vulneración al derecho a la vida de la mujer. En segundo respecto, pero también relacionado con la madre, la causal encuentra sustento en aquella concepción del derecho a la vida que lo entiende como aquella prerrogativa para recibir lo mínimamente necesario para no perecer. La lógica en este punto es similar a lo recién razonado, entendiendo que la mujer que presenta una complicación médica que pone su vida en peligro, requiere de una atención que pueda evitar un fatídico resultado, cuestión que automáticamente nos evoca a aquella postura que concibe el derecho a la vida como el

derecho que tiene una persona a recibir lo necesario para mantenerse con vida; por ejemplo, el caso de una mujer embarazada que padece de preclamsia⁹⁰. En el caso particular, la prestación necesaria para mantenerse la mujer con vida es que el personal médico le practique la interrupción del embarazo.

Por otro lado, tenemos el derecho a la vida del nasciturus el cual tiene un planteamiento diferente respecto de esta primera causal en específico. Como ya hemos dilucidado, el nasciturus es un sujeto de protección de las normas nacionales e incluso internacionales en tanto se entregan herramientas a ciertos organismos o funcionarios, como lo es el juez de familia, para tomar todas las medidas que estimen pertinentes afines de resguardar la vida del que está por nacer. Con todo, el nasciturus sujeta sus realidades y afianza su condición en el mundo con su nacimiento. El nacimiento del nasciturus es un hecho que conlleva un sinnúmero de efectos jurídicos, pero junto con estos implica un elemento esencial: requiere de la vida de la madre para producirse el nacimiento. Esto último no quiere decir que el nasciturus que ha sido objeto de interrupción en su gestación tenga nulas posibilidades de seguir viviendo. A diferencia de la segunda causal de esta ley, las patologías que pueden generar una situación de peligro para la vida de la madre no implican malformaciones fetales o subdesarrollos congénitos que resulten incompatibles con la vida. Sin perjuicio de lo anterior, el nacimiento del nasciturus está de la mano con la vida de madre, toda vez que, en fases primarias de la gestación, el nasciturus no podría sobrevivir sin que su madre pueda llevarlo en su claustro, a lo menos hasta un nivel de desarrollo que permita una autonomía de ese ser humano. Así las cosas, el riesgo de vida de la madre impide priorizar un derecho a la vida por sobre otro; en otras palabras, no podemos priorizar el derecho a la vida del nasciturus por sobre el derecho de la madre toda vez que, sin la madre, malamente podría existir el nasciturus. En consecuencia, el derecho de la mujer aquí es mayor al del niño, lo que nos conlleva a decir que esta causal de interrupción por riesgo de vida de la madre no empecé de manera alguna respecto al derecho a la vida del nasciturus.

⁹⁰ Se genera una invasión vascular defectuosa del trofoblasto (células en etapa de formación que darán origen a la placenta), produciendo isquemia en la placenta, daño del endotelio y toxinas que pasan hacia la circulación materna y que afectan varios órganos, como los riñones, hígado, cerebro, pulmones, páncreas y vasculatura, por lo que el único tratamiento efectivo es el nacimiento (...). Como la placenta es el origen de este síndrome, “el único tratamiento efectivo y definitivo es la interrupción del embarazo”, agrega la especialista. Visto en <https://www.clinicalascondes.cl/CENTROS-ESPECIALIDADES/Especialidades/Departamento-de-Ginecologia-Obstetricia/Maternidad/Noticias/Te-puede-interesar/Preeclampsia--Hipertension-en-el-embarazo>

En segundo lugar, nos corresponde tratar la causal de la inviabilidad del feto y su relación con algunas conceptualizaciones del derecho a la vida. Como prevención debemos destacar que el concepto “*inviabilidad*” comprende, según la RAE: “*Imposibilidad de que una cosa exista, ocurra o pueda realizarse*”. Ante este escenario, hacemos mención a que pueden existir casos de fetos diagnosticados como inviábiles que han nacido⁹¹. Este recién nacido a pesar de su condición médica, debe y está totalmente facultado, para gozar de un derecho al vivir bien y dignamente. Desde ya, desechamos cualquier interpretación que pudiese darse respecto alguna falta de dignidad del recién nacido y su condición médica: una persona que se encuentra enferma o bien que padece de alguna patología congénita que impida un estado pleno de capacidad, no implica una reducción en la dignidad de esa persona. En otras palabras, el tener a un niño, por ejemplo, con discapacidad motora y mental que debe estar postrado o en una silla de ruedas, no lo hace menos digno que el presidente de la cámara de senadores o incluso que el mismo presidente de la República, es una persona y como tal, goza de la dignidad que tiene cada persona por el solo hecho de detentar esta condición en el mundo.

En consecuencia, el derecho a la vida de estos niños se resume en que por más inviábiles que puedan ser diagnosticados en el vientre materno, si se produce el nacimiento de forma válida, durante toda la existencia de ese ser tendrá que ser respetado y resguardado como cualquiera otra persona -que algunos dirían “*normal*”- que no tuviese complicaciones médicas desde su nacimiento. De esta manera, podemos decir que la postura, cuyo concepto de derecho a la vida comprende el vivir bien y vivir dignamente, viene en contrariar la causal referida, toda vez que ésta usa como fundamento para su establecimiento, las dificultades e imposibilidades que tiene el neo nato para vivir cuando se trata de diagnósticos de inviabilidad y la persona si es que logra el hito del nacimiento, en todo lo que perdure su existencia deberá ser tratado con el más alto nivel de dignidad posible.

En tercer respecto corresponde el análisis de la causal respecto a la violación y en atención a ella podemos sostener que en primer aspecto se presenta una colisión pura entre

⁹¹ <https://www.24horas.cl/nacional/mujer-tuvo-su-bebe-a-pesar-de-ser-diagnosticada-con-inviabilidad-del-feto-1719396#>

esta causal y la postura que conceptualiza el derecho a la vida como aquella prerrogativa “*Que no nos maten arbitrariamente*” como también pugna respecto de la postura que perfila este derecho a la vida como el “*vivir bien o vivir con dignidad*”. Sostenemos que en este caso se presenta una colisión, primeramente, puesto que, la causal de violación para interrumpir el embarazo se aparta automáticamente de las causales anteriores, en esencia, porque no se establece dicha interrupción para resguardar un bien superior, como por ejemplo en el riesgo de vida de la madre, sino que, en este caso, la madre interrumpe el embarazo porque no quiere tener al hijo. Razones para esto podríamos encontrar por montones, sociales, psicológicas, económicas, emocionales, etc., sobre todo considerando el escenario que conlleva ser víctima de violación.

Sostenemos que existe pugna en esta causal, primeramente, puesto que no se encuentra, a nuestro juicio, justificado de manera concreta, como si los encontramos en las demás causales; en otras palabras, entender el objeto de protección de la causal de violación es mucho más complejo y difuso que el presente en las causales de inviabilidad fetal o riesgo vital de la madre. En estas últimas dos causales se presentan motivos que dan, a nuestro entender, suficiente peso como para truncar la naturaleza e interrumpir la gestación de un niño; pero en cambio en la causal referente a la violación, entendemos que la mujer está impidiendo este nacimiento por razones de conveniencia, simplemente porque no lo desea. No interrumpe su embarazo una mujer víctima de violación por complicaciones a su salud o inclusive riesgos del feto, puede tratarse de dos personas perfectamente saludables con plenos potenciales para el desarrollo propio de la persona, pero la madre opta por impedir que este nacimiento se produzca y los motivos que tiene para hacerlo, muchas veces no son de connotación médica; que, dicho sea de paso, a nuestro juicio, serían los únicos aptos para fundamentar la interrupción del embarazo.

Para finalizar con este apartado, es indispensable , revisar en qué consiste la objeción de conciencia. La objeción de conciencia como derecho no está recogida explícitamente en los principales tratados internacionales de derechos humanos. Sin embargo, la doctrina internacionalista y constitucionalista afirma que emanaría del ejercicio del derecho a la libertad de conciencia. Esta postura ha sido adoptada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas a partir de caso Yoon y Choi vs. República Corea (2007), estableciendo

en sucesivas decisiones los contornos de este derecho en relación con el servicio militar. Este incluye incipientemente su ejercicio por parte del personal militar profesional, en atención a cambios en sus convicciones y la objeción de conciencia selectiva, esto es, respecto de determinadas tareas. Un camino análogo ha seguido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por su parte, el Sistema Interamericano tiene un pronunciamiento de 2005, donde mantiene la doctrina que solo existe tal derecho cuando ha sido reconocido en la legislación interna.

En el orden interno, no existe una regulación genérica en el ámbito legal de la objeción de conciencia, sin perjuicio de contemplarla respecto de los familiares de víctimas de la dictadura militar reconocidas oficialmente. En cualquier caso, recientemente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que la objeción de conciencia está amparada en el derecho constitucional a la libertad de conciencia. Hizo esto en el marco de la revisión de constitucionalidad del proyecto de ley que despenalizó el aborto en tres causales.) destaca que se refiere a deberes impuestos por el Estado. La objeción de conciencia no podría oponerse a obligaciones libremente contraídas entre particulares.

La libertad de conciencia está reconocida explícitamente en el texto constitucional, junto a la al derecho a manifestar todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. Esta libertad tiene un ámbito de ejercicio interno, en el cual, cada persona tiene la facultad de decidir por sí misma sus propias ideas de lo bueno, esto es, su conciencia moral. En un segundo nivel, esta libertad supondría la facultad de actuar conforme a dichas convicciones, pues “el individuo no puede separar su conciencia del obrar conforme a ella”⁹² Es aquí donde radicaría al fundamento constitucional de un derecho a la objeción de conciencia⁹³.

En efecto, el propio Tribunal Constitucional le ha dado ese alcance a esta disposición:

⁹² NOGUEIRA, Humberto 2012..

⁹³ TÓTORA, Hugo, 2012. Bases constitucionales de la libertad de conciencia y culto en Chile. Revista de Derechos Fundamentales (Viña del Mar), 7, 87-115.

*Que la objeción de conciencia, esto es, el rechazo a una práctica o deber que pugna con las más íntimas convicciones de la persona es, precisamente, una manifestación de la libertad de conciencia asegurada, en nuestra Constitución, en su artículo 19 N ° 6*⁹⁴

Además, ha señalado la objeción de conciencia también “debe entenderse amparada por la dignidad de las personas” que se niegan, “por razones éticas, morales, religiosas, profesionales, u otras de señalada relevancia” a realizar lo que manda la ley. En cualquier caso, la objeción de conciencia no sería un derecho absoluto. Como tal, su regulación de tener en consideración “los demás derechos, bienes y valores constitucionales” que están en juego. Asimismo, ante la eventual colisión de derechos constitucionales, debería procederse a la ponderación de derechos⁹⁵

⁹⁴TRIBUNAL CONSTITUCIONA, Sentencia 3729-17 :c.133°.

⁹⁵ NOGUEIRA, Humberto (2012) menciona la objeción a determinados tratamientos médicos (vg. transfusiones de sangre); trabajo en días de descanso religioso; del personal de salud en la práctica de abortos; y la de servicio militar.

QUINTO CAPÍTULO

EL ABORTO EN EL DERECHO COMPARADO, ARGENTINA

Desde el retorno de la democracia en Argentina en el 1983, el poder legislativo ha presentado más de sesenta proyectos de ley referidos al aborto. Salvo contadas excepciones, el Estado argentino no reconoce el derecho de las mujeres a interrumpir voluntariamente un embarazo y el aborto se encuentra tipificado, en el Código Penal⁹⁶, como uno de los delitos “contra las personas”, que está penado con cárcel.

Actualmente, en este país las complicaciones por abortos son la principal causa de muerte de mujeres gestantes y se calcula que se realizan cerca de medio millón de abortos clandestinos por año⁹⁷. Se considera un tema del orden de salud pública y una cuestión de justicia social (las mujeres con menores recursos son las más afectadas por las consecuencias de abortos mal realizados).

En 2018, la Cámara de Diputados de Argentina aprobó legalizar el aborto, pero el Senado lo rechazó. No se sabe aún si los nuevos legisladores han cambiado el equilibrio de fuerzas que permita modificar la ley actual, pero sí que lo ha hecho el Gobierno. El presidente de ese entonces, Mauricio Macri se oponía a legalizar la interrupción voluntaria del embarazo, pero Alberto Fernández candidato presidencia si se ha manifestado a favor. Como primer paso, el nuevo Ejecutivo ha publicado un protocolo para que el sistema de salud garantice que las personas gestantes que tienen derecho a abortar -por haber sido violadas o tener un embarazo que pone en riesgo su salud- puedan hacerlo en el plazo de diez días.

Esas dos excepciones al delito del aborto, castigado con hasta cuatro años de cárcel para quienes interrumpen su embarazo, están contempladas en el código penal argentino desde 1921. La interpretación legal de ambos supuestos ha ido ampliándose con el paso del tiempo,

⁹⁶ A partir de la Ley 11179 de 1921

⁹⁷ Como se trata de una práctica realizada en la clandestinidad, no se cuenta con datos oficiales, pero diversos actores sociales acuerdan en que la cifra está entre los 350 mil y los 500 mil abortos anuales. Ver “Derechos Humanos en Argentina”, Informe 2012, CELS (Centro de estudios legales y sociales) y “Estimación de la magnitud del aborto inducido en la Argentina” en Notas de población, nro. 87, CEPAL.

pero muchos profesionales sanitarios que querían brindar esa atención tenían dudas y temores que quedan ahora resueltos con esta herramienta técnica.

El nuevo protocolo, que actualiza el de 2015, establece que toda niña o adolescente menor de 15 años tiene derecho a abortar legalmente por "los riesgos físicos y emocionales asociados al embarazo". Las mayores de esa edad pueden hacerlo también si los médicos consideran que el embarazo pone en riesgo "de afectación su bienestar físico, mental o social" y tiene en cuenta la vulnerabilidad social de aquellas gestantes que son víctimas de violencia de género o que tienen limitada su autonomía.

En los casos de violación, tal y como sentenció la Corte Suprema, no es necesaria una resolución judicial, sino que basta con una declaración jurada de la víctima. Los médicos que no estén de acuerdo podrán declararse objetores de conciencia y abstenerse, pero las instituciones tendrán que garantizar la práctica de la interrupción del embarazo en un plazo de 10 días desde que se solicita⁹⁸.

El feminismo argentino ha tomado las calles de Buenos Aires en los últimos años para exigir aborto legal, seguro y gratuito, pero sectores conservadores han protestado también de forma masiva para expresar su rechazo. La división de la sociedad se replicó en las dos Cámaras legislativas durante el debate de 2018. Alberto Fernández ha prometido que enviará al Congreso "lo antes posible" un nuevo proyecto de ley para legalizar la interrupción voluntaria del embarazo en las primeras semanas de gestación, sin importar la causa.

Por eso, con el propósito de conocer y dar cuenta de las iniciativas oficiales frente al asunto, se desarrolla, desde 2013, una investigación⁹⁹ de la que deriva este estudio, orientada a revisar las gestiones parlamentarias relacionadas con el aborto en Argentina. La misma, tiene como objetivo principal examinar los Proyectos de Ley referidos al aborto que se presentaron en ambas cámaras desde el regreso de la democracia e indagar cuáles fueron los

⁹⁸ https://elpais.com/sociedad/2019/12/13/actualidad/1576240534_342282.html

⁹⁹ Proyecto R13-263: "Los proyectos de ley referidos al aborto en la Argentina (1984-2013): historia, argumentos y perspectivas" del Programa de Reconocimiento Institucional de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Programación 2013-2015, con sede en el Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Directora: Dra. Eugenia Zicavo.

argumentos para su desestimación/ no aprobación: si fueron coincidentes, si hubo contradicciones a lo largo de estos años y cuáles son los proyectos que actualmente tienen estado parlamentario. A partir de los documentos, se analizan los procesos políticos y los discursos sociales circulantes respecto al aborto (y sus permanencias y/o cambios a lo largo de tres décadas) con el fin de develar las condiciones para el ejercicio (o no) de los derechos sexuales y reproductivos en Argentina.

Considerando la problemática del aborto en Argentina como un grave problema de salud pública cuyo contexto está marcado por la ilegalidad, el peligro y el silencio, los interrogantes que orientan la investigación son los siguientes: ¿cuáles fueron las propuestas a nivel legislativo para modificar dicha situación?, ¿cuáles son los usos que se hacen de determinados significantes en los diferentes proyectos de ley en estado parlamentario? ¿Sobre qué fundamentos filosóficos, jurídicos, socioculturales se construyen tales usos?, ¿qué discursos sociales reproducen, modifican y operan en sus representaciones?, ¿qué tipo de intereses y preocupaciones reflejan? y ¿cómo se relacionan estas representaciones con aspectos como la sexualidad, la autonomía, la ciudadanía y los derechos humanos?

En el presente artículo se presentan algunos avances de dicha investigación, focalizándose en los discursos sociales (usos del lenguaje y significantes) circulantes respecto al aborto en los Proyectos de Ley que actualmente tienen estado parlamentario⁴. La mayoría de dichos proyectos se centra en modificaciones a los abortos no punibles y en una menor medida en la despenalización hasta las 12/14 semanas de embarazo; pero también hay proyectos orientados a reforzar las restricciones vigentes¹⁰⁰.

Actualmente, para que un aborto sea considerado legal en Argentina la exigencia es que haya fatalidad de por medio: una violación, un embarazo inviable, riesgo de salud o de muerte para la mujer gestante. Según la legislación vigente, el aborto es un delito excepto cuando está contemplado en las causales de no punibilidad establecidas por el Código Penal, que en su Artículo 86, incisos 1 y 2 establece:

¹⁰⁰ Proyecto R13-263: “Los proyectos de ley referidos al aborto en la Argentina (1984-2013): historia, argumentos y perspectivas” del Programa de Reconocimiento Institucional de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Programación 2013-2015, con sede en el Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Directora: Dra. Eugenia Zicavo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta no es punible: 1º) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2º) Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

La lectura de estos dos incisos ha dado lugar a toda una serie de interpretaciones divergentes. En lo que se refiere a la “salud”, una lectura amplia incluye tanto a la salud física como psíquica de la mujer embarazada, mientras que una postura restrictiva sólo contempla el aspecto exclusivamente físico o el riesgo de vida. En lo referido a los casos de violación a los que alude la ley, según una lectura amplia, el aborto sería legal en todos los casos en los que la mujer quedó embarazada como consecuencia de una violación, mientras que las interpretaciones restrictivas consideran no punibles sólo los casos de violaciones a mujeres “idiotas o dementes”. Estas posiciones discordantes en la interpretación de la ley actual también se ven reflejadas en los proyectos presentados en el Senado y la Cámara de Diputados, como se muestra en los apartados siguientes¹⁰¹.

El interés se centra en los términos utilizados por los legisladores en sus proyectos, poniendo el foco en el plano de la significación y de su caudal simbólico. En cada uno de los proyectos se advierte que significantes como “vida” “salud” o “derechos” adquieren distintos significados y son utilizados en uno u otro contexto para sostener opiniones en franca tensión. “Cada palabra que usamos tiene una historia. Ha sido socialmente constituida, incluye pujas y conflictos, luchas por la significación. Existe una historia social del sentido” (Margulis, 1997, p. 13). Los acuerdos de sentido son el resultado de una producción social, no exenta de luchas. Los conceptos de “mujer”, “madre”, “feto” o “persona”, no son categorías universales ni transparentes en el ámbito del derecho, sino que, por el contrario, responden a

¹⁰¹ Proyecto R13-263: “Los proyectos de ley referidos al aborto en la Argentina (1984-2013): historia, argumentos y perspectivas” del Programa de Reconocimiento Institucional de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Programación 2013-2015, con sede en el Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Directora: Dra. Eugenia Zicavo.

mecanismos de poder y de saber propios del campo discursivo jurídico. Este mismo campo condiciona el modo en que dichos conceptos circulan por los distintos enunciados y se resignifican, según las diferentes voces que hagan uso de ellos. En la medida en que esos conceptos se repitan, las marcas y las huellas que explicitan su construcción contribuirán a borrarse y, consecuentemente, a presentarse como naturales. Bajo la formulación misma de los proyectos y desde la elección de los significantes se puede rastrear la posición macro en relación con el aborto.

A la luz de lo antes mencionado, dado que la despenalización del aborto implica un compromiso del orden de la salud pública, una cuestión de justicia social y de derechos (a la integridad física, a la autonomía individual, al control sobre el propio cuerpo), se considera que un análisis pormenorizado del derrotero de las iniciativas parlamentarias, además de tratarse de un "área de vacancia", puede resultar un insumo tanto para otras investigaciones referidas al aborto en Argentina, como para aquellos actores sociales que –ya sea desde la política, las organizaciones no gubernamentales, la academia, etc.– promueven proyectos a nivel parlamentario. Es por ello por lo que se espera contribuir al conocimiento y análisis de los Proyectos de Ley, para generar insumos para una futura legislación que incluya a la interrupción voluntaria del embarazo como derecho, o al menos para dar lugar o favorecer reales instancias de debate respecto a esta problemática que afecta a miles de mujeres en Argentina¹⁰².

I. Proyecto restrictivo

Dentro de los proyectos denominados "restrictivos"/"ortodoxos"⁶, se encontraron los proyectos 0856-D-2009 y 0062-S-2009, que plantean modificar el Artículo 86 del Código Penal, dejando sin efecto las actuales causales de no punibilidad. En el actual Código los términos "mujer encinta" y "madre" son utilizados como sinónimos, subsumiendo a la mujer en tanto sujeto de derecho a una función social específica como la maternidad. En el caso de

¹⁰² ZICAYO, Eugenia, ASTORING, Julieta y SAPOROSI, Lucas (2015). La interrupción voluntaria del embarazo en Argentina: los discursos sociales los proyectos de ley vigentes. *Ánfora*, 22 (38), 113 -134. Universidad Autónoma de Manizales. ISSN 0121-6538

los proyectos mencionados, también ambos términos son utilizados indistintamente. Pero resulta especialmente interesante detenerse en los múltiples significantes con los cuales se refieren al feto (nunca nombrado como tal), entre ellos “no nacido”, “ser humano no nato”, “nasciturus”¹⁰³, “inocente”, “ser humano que (la mujer) lleva en su vientre”. Otro de los términos más utilizados es “persona por nacer”, siendo “persona” un concepto principalmente filosófico, que expresa la singularidad de cada individuo¹⁰⁴.

El Proyecto 0856-D-2009 incluso alude al “niño o niña por nacer”, reforzando la idea de una identidad individual genérica aún antes del nacimiento. A su vez, se refiere al aborto como “muerte de la persona por nacer” (mientras el proyecto 0062-S-2009 alude al mismo como “homicidio prenatal”) aunque ningún médico firmaría un certificado de defunción intrauterina, ya que, para morir, primero hay que nacer. También explicita que no serán punibles los casos de “Aborto indirecto”: “Cuando la vida de la mujer embarazada corre peligro inminente, si la situación es tal que si el médico esperara a que la vida del niño o niña por nacer fuera viable morirían tanto la madre como él. Exige que el médico no tenga otra alternativa para salvar a los dos”¹⁰⁵.

En Argentina el aborto no es punible “si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios”. Es decir, con el foco puesto en garantizar la vida y la salud de la mujer embarazada, en este proyecto “feto” y “mujer” son igualados como si tuvieran el mismo estatuto. En este sentido, el siguiente párrafo, del Proyecto en mención, resulta especialmente elocuente: “En el caso del aborto indirecto no se trata de que el médico escoja entre salvar al no nacido o a su madre. Se trata de optar por salvar las dos vidas. Si a consecuencia de tratar de salvar las dos vidas muere una ello no depende de la opción del médico”. La mujer embarazada, ciudadana

¹⁰³ En latín, “[el que] va a nacer”, un término jurídico que designa al ser humano desde que es concebido hasta su nacimiento.

¹⁰⁴ Por ejemplo, en la definición clásica de Boecio se caracteriza por la sustancialidad, la individualidad y la racionalidad y, según Tomás de Aquino significa “lo más perfecto de toda la naturaleza, es decir, el subsistente de naturaleza racional”.

¹⁰⁵ ZICAYO, Eugenia, ASTORING, Julieta y SAPOROSI, Lucas (2015). La interrupción voluntaria del embarazo en Argentina: los discursos sociales los proyectos de ley vigentes. *Ánfora*, 22 (38), 113 -134. Universidad Autónoma de Manizales. ISSN 0121-6538

y sujeto de derecho, es igualada a un feto, una vida en potencia que, para ser viable, necesita precisamente desarrollarse en su cuerpo.

Además, el proyecto parlamentario al que se alude aquí explica que “Debe quedar bien en claro que este planteo es meramente legal y jurídico por lo que no se busca ingresar en argumentaciones filosóficas, psicológicas, sociológicas ni biológicas sobre el aborto y el comienzo de la vida humana”. Como si detrás de los conceptos no hubiera significantes marcados por la historia y por las luchas al interior de cada una de las disciplinas que menciona. En la misma sintonía, el Proyecto dice que “El derecho a la vida no es una cuestión de ideología, ni de religión, sino una emanación de la naturaleza humana”.

En este sentido, cabe recordar que hay ciertos rasgos característicos en los mensajes con contenido ideológico, como presentar lo social o histórico como si fuera natural. Roland Barthes (2001) se refiere a ello cuando enumera un heptálogo de figuras retóricas de las que se sirve la ideología dominante. Argumentaciones que se suele no cuestionar, huellas en el plano discursivo que dejó la lucha por imponer un sentido, giros y supuestas “verdades” que en principio no habría que cuestionar. Una de ellas es la “privación de la historia” en la cual la historia misma se evapora, en este caso, la historia de los conceptos, pero también de las ideas en relación con aspectos como la vida, la salud, el derecho¹⁰⁶.

En otro de los párrafos el proyecto suscribe lo siguiente: “Nuestro proyecto prevé también el consentimiento informado para que en estos casos (el aborto indirecto) la mujer pueda elegir conociendo los riesgos para su vida y la del ser humano que lleva en su vientre y recién ahí pueda tomar una decisión”. De esta manera, también la alusión al “consentimiento informado” resulta una trampa ideológica, ya que, sin más opción que “tratar de salvar las dos vidas”, en el propio manejo de la información está implícita la orientación de la decisión.

Por su parte, el otro de los proyectos parlamentarios mencionados (0062-S-2009) considera que las excepciones a la punibilidad del aborto dispuestas en el Código Civil son “inconstitucionales”, pues según plantea el texto: “violan el derecho a la vida de la persona

¹⁰⁶ ZICAYO, Eugenia, ASTORING, Julieta y SAPOROSI, Lucas (2015). La interrupción voluntaria del embarazo en Argentina: los discursos sociales los proyectos de ley vigentes. *Ánfora*, 22 (38), 113 -134. Universidad Autónoma de Manizales. ISSN 0121-6538

concebida sin que corra riesgo ninguna otra vida ni que la salud de alguien se vea perjudicada”. Es decir, presupone que la salud psíquica de una mujer embarazada producto de una violación no será en absoluto vulnerada si es obligada a llevar adelante una maternidad forzada. Entre sus considerandos, plantea que “la República Argentina, siempre se ha destacado por defender el derecho a la vida. Esta defensa se ha ampliado y reforzado desde 1994, año en que entra en vigencia la Constitución reformada adoptándose el firme y férreo compromiso de defender la vida desde la concepción”. A su vez, cita la Convención sobre los Derechos del Niño (que dice que un niño es todo ser humano menor de 18 años), pero con la enmienda que realizó la República Argentina a fin de ratificarla en la cual agregó que “un niño es todo ser humano desde la concepción hasta los 18 años”. Esto, en consonancia con el criterio expuesto en el Código Civil¹⁰⁷, que afirma que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”¹⁰⁸.

Finalmente, el proyecto de ley proclama que “El derecho a la vida está basado en valores tales como, valga la redundancia, el de la VIDA”, como si las mayúsculas cerraran un debate que ni siquiera clausura la apelación a otra de las figuras retóricas enumeradas por Barthes: la tautología. Ese procedimiento verbal que consiste en definir lo mismo por lo mismo, esa palabra que simula hablar para nada decir y que sólo se sustenta en la autoridad: “así como responden los padres agotados ante el hijo insaciable de explicaciones: "es así, porque es así", o mejor todavía: "porque sí, y punto; se acabó". Acto de magia vergonzosa que efectúa el movimiento verbal de lo racional, pero que lo abandona en seguida y cree quedar en paz con la causalidad porque ha proferido la palabra introductora (...). La tautología da cuenta de una profunda desconfianza hacia el lenguaje: se lo rechaza porque nos falta” (Barthes, 1999, p. 250).

I. Proyectos Progresistas Moderados

¹⁰⁷ Actual artículo 19 del Nuevo Código Civil y Comercial, vigente a partir del año 2016.

¹⁰⁸ ZICAYO, Eugenia, ASTORING, Julieta y SAPOROSI, Lucas (2015). La interrupción voluntaria del embarazo en Argentina: los discursos sociales los proyectos de ley vigentes. *Ánfora*, 22 (38), 113 -134. Universidad Autónoma de Manizales. ISSN 0121-6538

Los proyectos denominados “progresistas moderados”/ "intermedios", generalmente proponen modificaciones que enmiendan el actual Código Penal pero no modifican la cuestión de fondo en lo que respecta al debate sobre el aborto y su legislación. Las principales modificaciones se centran en lo que concierne a la no punibilidad del aborto incluyendo los casos de anencefalia fetal y a los embarazos producidos por delitos contra la integridad sexual, sin hacer la diferencia de si la mujer goza de sus facultades mentales o no. Esta clase de proyectos de ley es vista por ciertos autores como el refuerzo de una interpretación conservadora del Código Penal, tal como afirma Maffia (2006) al decir que “algunos legisladores progresistas han presentado como una innovación proyectos para despenalizar el aborto en casos de violación, lo cual significa que participan de la misma lectura restrictiva del Código Penal” (p. 5). Esto es interesante para pensar y hacer más claras las interpretaciones y disputas que hay alrededor del aborto y sus debates; y a su vez para ver los límites que presentan en la realidad las categorías analíticas pensadas¹⁰⁹.

En esta tipología se ubican cuatro proyectos presentados en la Cámara de Diputados (0041 D 2014, 3067 D 2013, 2502 D 2012 y 2503 D 2012) que tienen algunos puntos en común y a su vez presentan contradicciones a su interior.

Por el otro lado se presenta los proyectos 2502 D 2012 y 2503 D 2012, que proponen la no punibilidad del aborto en los casos de violación sexual (con denuncia policial o penal que acredite el hecho) y de imposibilidad de la vida extrauterina del feto y establecen un Plan de Atención Integral de la Salud de la mujer en los casos de abortos no punibles, pero no proponen su despenalización.

Haciendo estas aclaraciones se procede a presentar un recorrido alrededor de los significantes y argumentos que se despliegan en los proyectos de ley, que como se mencionó al comienzo del trabajo, son expresión de huellas ideológicas, resultado de disputas por la hegemonía.

El proyecto “Modificación del Art. 86 del Código Penal- Aborto no punible” (0041-D-2014) establece que el aborto practicado por un médico diplomado y con el consentimiento

¹⁰⁹ ZICAYO, Eugenia, ASTORING, Julieta y SAPOROSI, Lucas (2015). La interrupción voluntaria del embarazo en Argentina: los discursos sociales los proyectos de ley vigentes. *Ánfora*, 22 (38), 113 -134. Universidad Autónoma de Manizales. ISSN 0121-6538

de la mujer embarazada no es punible si se realiza para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer, si el embarazo es producto de un delito contra la integridad sexual, si se diagnosticó la inviabilidad de la vida extra uterina del feto y si se realiza durante las 12 primeras semanas de gestación. En sus fundamentos hay alusiones a tratados internacionales y a sus recomendaciones en materia de salud sexual y reproductiva; además a los derechos de las mujeres y el respeto a los mismos, donde se pone el foco de atención. Este proyecto afirma que “el debate sobre el tratamiento del aborto debe realizarse en el marco de la consideración de los derechos humanos, en el que están involucrados el respeto a la autonomía, a la salud integral, a la dignidad, entre otros. Los derechos humanos de las mujeres requieren la consideración de los derechos acordes a su especificidad sexual y reproductiva”¹¹⁰

En esta afirmación está la clave para entender la problemática del aborto y la reivindicación del mismo como derecho. Las mujeres son vistas y pensadas como sujetos de derecho, activos y autónomos. Y las políticas que las benefician o interpelan constituyen acciones positivas hacia ellas y el cumplimiento de sus derechos. Por otro lado, según este proyecto, la amenaza de prisión para quien que se realizó un aborto constituye una sanción injusta que pone a la mujer en la situación de tener que elegir entre un aborto clandestino realizado en condiciones que ponen en peligro su vida y salud, o someterse en el caso de violación a una maternidad violenta. Impidiendo que las mujeres puedan acceder a la opción de realizarse un aborto en condiciones seguras y dignas se refuerza el imperativo de mujer=madre, lo que imposibilita pensar a la mujer como sujeto de derecho, como ciudadana activa y con autonomía sobre su propio cuerpo, sin que quede subsumida al rol de procreadora y cuidadora.

Es interesante observar que durante todo el texto se utiliza el término “feto”, rompiendo así otra cadena de significantes que establece la sinonimia entre los términos “feto”, “bebé”, “niño por nacer”, “hijo”, “hija”, y que refuerza el rol de mujer-madre. Es decir que se rompe con esa sociedad que pareciera inquebrantable: mamá-hijo.

¹¹⁰ ZICAYO, Eugenia, ASTORING, Julieta y SAPOROSI, Lucas (2015). La interrupción voluntaria del embarazo en Argentina: los discursos sociales los proyectos de ley vigentes. *Ánfora*, 22 (38), 113 -134. Universidad Autónoma de Manizales. ISSN 0121-6538

Por su parte, el proyecto “Interrupción Voluntaria del Embarazo” (3067-D2013) establece la derogación de los artículos 85 y 88 del Código Penal, que tipifican al aborto como delito y propone modificaciones al Art. 86 como la no punibilidad para los casos de delitos contra la integridad sexual y en el caso de que sea solicitado por la mujer embarazada antes de las doce semanas de gestación. Con esto busca terminar con la prolongación de la violencia contra las mujeres al obligarlas a continuar con un embarazo impuesto por la fuerza; violencia ejercida desde la justicia y el ejercicio de las leyes, que muchas veces limitan su autonomía y las revictimiza. Prima el derecho a la integridad física de la mujer y a decidir sobre el propio cuerpo, incluyendo la maternidad opcional. Nuevamente se cuestiona la matriz de pensamiento que concibe a las mujeres en tanto madres y cuidadoras, como lo explicita Pateman (1996) al afirmar que “el patriarcalismo recurre a la naturaleza y al supuesto de que la función natural de las mujeres consiste en la crianza de los hijos, lo que prescribe su papel doméstico y subordinado en el orden de las cosas” (p. 38). Es decir, que se busca posicionar a la mujer en un rol de autonomía y de pleno ejercicio de sus derechos, y romper con los imperativos culturales que refuerzan y reproducen este modelo de mujer-madre¹¹¹.

Por otra parte, se ha advertido que proyectos de distinto signo aluden a los mismos tratados internacionales para justificar posiciones disidentes, como por ejemplo la Convención Internacional de los Derechos del Niño, pero son los proyectos de carácter restrictivo los que, con sólo apelar a la norma constitucional, parecen quedar liberados de otro tipo de argumentación. En sus fundamentos, se amparan en el lenguaje legítimo, aquel que emana de la Constitución, el lenguaje que es ley. Bourdieu (1985) afirma que “el orden social debe en parte su permanencia a la imposición de esquemas de clasificación que producen una forma de reconocimiento de este orden, forma que implica el desconocimiento de la arbitrariedad de sus fundamentos” (p.96). Es por ello por lo que los proyectos progresistas tienen más dificultades para desarrollar sus fundamentos y darles un marco de legitimidad. Al argumentar por fuera de una matriz anti-aborto, deben innovar en relación con los discursos instituidos y, por ende, recurrir a un andamiaje de fundamentos que muchas

¹¹¹ ZICAYO, Eugenia, ASTORING, Julieta y SAPOROSI, Lucas (2015). La interrupción voluntaria del embarazo en Argentina: los discursos sociales los proyectos de ley vigentes. *Ánfora*, 22 (38), 113 -134. Universidad Autónoma de Manizales. ISSN 0121-6538

veces están por fuera de lo estrictamente jurídico como datos empíricos, referencias filosóficas, entre otros. De este modo, se puede pensar el mantenimiento de la punibilidad del aborto y su tipificación como delito, como una forma de sostener un determinado orden social respecto al aborto y a la sexualidad femenina, y a su vez pensar esta clase de proyectos como formas de cuestionar ese orden y desnaturalizarlo¹¹².

Para concluir, a modo de ejemplo, podemos ver que entre ambas naciones existen enormes diferencias en la forma de abordar el aborto y el femicidio o feminicidio, que para efectos de nuestra memoria solo nos compete el aborto, pero no podemos obviar la importancia del impacto del femicidio en la población mundial al ver que día a día esa tasa de crímenes contra las mujeres, sólo por su condición de tal, merecen una acérrima condena y rechazo .

En el caso de argentina el movimiento feminista, que, dicho sea de paso, surgió en el país trasandino, escalo distintos continentes con su eslogan “*ni una menos*”, aún no ha podido legislar en favor del aborto, se han hecho nueve intentos y ninguno ha tenido éxito , tampoco en cómo abordar el delito de femicidio porque no lo encontramos tipificado, sino que lo que se hizo hasta el año 2012 fue definir la violencia de género en distintas leyes relacionadas con temas como violencia intrafamiliar, creación de hogares temporales para mujeres víctimas de abuso sexual o violencia en sus relaciones de pareja, pero nada más. Recién el año 2012 Argentina hizo mayores cambios a su Código Penal en lo referente al homicidio agravado.

Chile en comparación con su país vecino, ha impulsado enormes reformas significativas en la “agenda mujer”, los movimientos feministas han alzado la voz contra la denominada ***violencia de género***, *que es aquella ejerce alguien sobre una persona sólo por su género. Las acciones violentas son todas aquellas que afectan de forma negativa a la identidad, la sexualidad y libertad reproductiva, la salud física y mental y el bienestar social de una persona*¹¹³. Desde la modificación al artículo 390 del Código Penal a través de la Ley N° 20.480, la cual amplía su definición y la extiende "a quien es o ha sido su cónyuge o su

¹¹² ZICAYO, Eugenia, ASTORING, Julieta y SAPOROSI, Lucas (2015). La interrupción voluntaria del embarazo en Argentina: los discursos sociales los proyectos de ley vigentes. *Ánfora*, 22 (38), 113 -134. Universidad Autónoma de Manizales. ISSN 0121-6538

¹¹³ Fuente: <http://concepto.de/violencia-de-genero/#ixzz5IKPmoSWk>

conviviente", más la despenalización del aborto en las tres causales, han sido bien recibidas en la población femenina y sentir que no están solas.

CONCLUSIÓN

Todas las constituciones que hemos tenido en Chile, incluida la última, cuentan con mecanismos para proteger los derechos y garantías constitucionales, dando así cumplimiento y en virtud de todos los tratados internacionales que versan sobre los derechos humanos ratificados por los Estados miembros y de esta manera, han adaptado sus normativas en orden a los sugerido por las comisiones. Nuestra Carta Fundamental en el artículo. 5, en su inciso segundo, establece expresamente el deber del Estado de respetar y promover los derechos humanos: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. A ello cabe agregar el conjunto de derechos y libertades que ésta reconoce en los numerales del artículo 19. Es la comunidad internacional, a través de todos sus organismos de protección de los derechos humanos quien actúa, por tanto, los Estados se ven en la obligación de cumplir de buena fe las sugerencias o recomendaciones que brindan las diferentes instancias de derechos humanos, además, de rendir cuentas informando de sus avances y desafíos en el cumplimiento de los tratados ratificados y vigentes en el país

En cuanto, a la Convención de Derechos del Niños es el primer tratado internacional y que de manera universal ha señalado expresamente la protección de un ser humano aun antes del nacimiento. De hecho, en su preámbulo es enfática al señalar que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Lo que nos indica que el niño es sujeto de derecho incluso antes de nacer.

Pero el aborto, ya sea como acción de interrupción voluntaria del embarazo, no está tratada explícitamente en los tratados internacionales de derechos humanos, ni como derecho, ni como prohibición, pero sí muchos de estos tratados de manera indirecta consagran derechos como la vida o los derechos de la mujer y los derechos reproductivos, por lo que no podemos sostener que existe alguna colisión entre la ley N° 21.030 y los derechos de los niños consagrados en la Convención de Derechos de los Niños.

En el caso puntual de Chile, el debate en torno a la despenalización del aborto en las tres causales que ya revisamos a lo largo de esta memoria generó diversas opiniones, dado que, estaba de por medio el valor de dos vidas que conforman el binomio madre e hijo, dos seres humanos en esencia, únicos e irrepetibles, en condición y estado de desarrollo distintos. Lo que no implica, en ningún caso, dejar de comprender la vida como un continuo desde su fecundación hasta la muerte, sino permitir y reconocer ciertas condiciones dramáticas en la vida que necesariamente, deben entregarse a la deliberación personal, sin coerción social ni categorización estatal punitiva, anteponiendo el valor de la dignidad humana por sobre cualquier prohibición que pudiere afectar o aumentar dicho dolor.

Al momento de analizar todos los tratados internacionales sobre derechos humanos, las convenciones ratificadas por Chile, y en especial, la que nos compete para la elaboración de esta investigación, la Convención sobre Derechos de los Niños, estamos en condiciones de discernir sobre la problemática planteada, a modo de conclusión, podemos señalar que esta posible colisión de derechos fundamentales entre la ley N° 21.030 con los derechos consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, referentes al derecho a la vida, desarrollo y supervivencia, están completamente despejada, porque sostenemos que las normativas legales deben ir de la mano con la realidad, jurídica, social y cultural vigente al momento de su promulgación.

Cuando las convenciones sobre derechos humanos aluden al derecho de la vida, no significa que una vida esta por sobre la otra, sino que ambas deben prevalecer, es enfática la Convención de los Derechos del Niño cuando sostiene que se debe respetar la vida incluso antes de su nacimiento , pero ese respeto no puede ir contra la vida de la madre, y es precisamente por ésto que se consideró al promulgar la Ley N° 21.030. Por lo tanto, no puede existir colisión de derechos fundamentales entre la ley que despenaliza el aborto en las tres causales y los derechos de los niños consagrados en la Convención Internacional de los Derechos de los niños, ya que estaría en juego la vida y salud de la mujer y la del niño cuando su vida es inviable.

La despenalización del aborto en tres causales viene a ser un mecanismo predominantemente necesario y útil, porque reconoce una realidad latente en la que se encuentran y viven las mujeres en el país y garantiza la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo, de manera legal, disponible y segura con el fin de salvaguardar la vida y la integridad personal de las mujeres, niñas y adolescentes. Además, esta decisión contribuye al proceso de desarrollo de políticas públicas en salud para las mujeres chilenas. La despenalización del aborto reafirma la capacidad de las mujeres a decidir la mejor manera de sobrellevar las consecuencias del embarazo, según sus convicciones y sus circunstancias. La aprobación de esta ley permitirá a las mujeres el acceso a información y servicios profesionales de salud, salvaguardando así su dignidad, autonomía, integridad, e incluso su vida.

De esta forma, el Estado chileno avanza de manera positiva en el cumplimiento de sus compromisos internacionales y da seguimiento a las múltiples recomendaciones formuladas por los distintos organismos internacionales en aras del bienestar y el respeto de los derechos relacionados con la salud reproductiva en Chile. El Estado a su vez adopta una medida fundamental para la protección de los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes a la vida, a la integridad personal, y a la no discriminación.

El carácter de ilegalidad que ha envuelto el aborto a lo largo de la historia ha sido objeto de diversos debates y generado controversias entre la población civil, entre aquellos quienes están a favor y aquellos cuya postura es en contra por considerarlo un delito que atentaría contra la vida de un ser inocente. Como ha sido el caso en particular de la iglesia católica y las diferentes religiones en Chile, todas ellas han afirmado su condena moral porque atenta contra el carácter sagrado de la vida humana en una de sus manifestaciones importantes (la procreación) y porque el objeto de tal crimen es un ser indefenso. Está en juego, en la cuestión del aborto, el valor intrínseco de la vida humana.

El feto desde el momento de la fecundación hasta el nacimiento posee los mismos derechos de una persona ya nacida, y, en consecuencia, también la madre tiene derechos, entonces el aborto precisamente constituye una alternativa por el hecho de que ahí se verifica una situación de conflicto o colisión de derechos fundamentales al estar en juego ambas vidas, pero lo que se pretende es salvar aquella que tiene más posibilidades.

Por lo mismo, debe ser la mujer quien posee el derecho de determinación sobre sus decisiones morales y éticas y sobre el derecho mismo que la constituye como persona. La mujer que toma la decisión de interrumpir su embarazo no deseado ya sea por violación, inviabilidad fetal o pone en peligro la vida y salud de la madre, no puede ser estigmatizada como alguien que comete un asesinato, es en razón de todo lo señalado anteriormente, que las personas que deciden optar por esta vía deben contar con todo el apoyo psicológico por parte sus familias, del Estado y un panel de expertos.

Finalmente, podemos afirmar que, si bien los tratados y organismos internacionales reconocen y amparan el derecho a la vida, no queda muy claro en cuanto a su protección, porque si bien dice que se reconoce la vida del que esta por nacer, ésta pasa a segundo plano cuando esta en riesgo la vida, salud e integridad de la mujer y esta es la razón porque no se podría despenalizar por completo. Sin embargo, señalar que se da esta situación de colisión de derechos fundamentales entre ambas normativas, queda completamente despejado, dado que ambas vidas importan y están en un mismo nivel y la ley sobre despenalización del aborto, solo tiene como objeto velar por ambas y así de esta manera, dar cumplimiento a las Convenciones Internacionales celebradas y ratificadas por el estado chileno.

BIBLIOGRAFÍA

AUTORES

1. ALEXY, R. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.
2. BAJO, Fe y Beltrán, José Luis: Breve historia de la infancia, p. 35
3. BENADAVA, Santiago. “Las relaciones entre el derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos”. En: Avelino León Steffens (coordinador). Nuevos desafíos del derecho internacional. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1992. P. 92.
4. CAMPONY- p. 102
5. CEA, José. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2004,p. 89
6. CORRAL Talciani, Hernán en “Aborto y existencia legal de la persona”
7. DIDES, Claudia. Fernández, Constanza, Truan Dominique, Zuñiga, Alejandra. Minuta de argumentos para defensa proyecto de ley que regula la interrupción voluntaria del embarazo por tres causales.
8. ELLUL, Jacques, Historia de las instituciones de la Antigüedad. Instituciones griegas, romanas, bizantinas y francas, P. 36
9. EN Mc Laughlin, Mary Martin: Supervivientes y sustitutos: hijos y padres del siglo IX al siglo XIII, cita., pp. 204 y 205
10. EN Ross, James Bruce: El niño de clase media en la Italia urbana del siglo XIV a principios del siglo XVII, en Mause, Lloyd (ed.): historia de la infancia, cita., p.253
11. EVANS, Enrique. Derechos Constitucionales. Tomo I. Editorial Jurídica. Santiago, 2004, p. 113.
12. FIGUEROA García-Huidobro, R. (2015). Concepto de derecho a la vida. *Revista Ius Et Praxis*, 14(1), 261-300

13. GAFO, Javier (1986): Nuevas técnicas de reproducción humana, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, p. 40.
14. LÓPEZ MORATALLA, Natalia, “La realidad del embrión humano en los primeros quince días”, en Persona y Bioética, Universidad de La Sabana, Bogotá, Colombia, N°20-21, 2004, p. 6.
15. MOLINA, R. (2012) “Aborto: Mitos y Realidades” Iniciativa Laicista. Número Especial. Octubre, Santiago, Chile.
16. PLATÓN, Las leyes, 717b-c
17. PLATÓN, La república 463d
18. SIERRA, Lucas, en “El Nasciturus como persona: lectura incompleta, doctrina distorsionada”.
19. VIVANCO, Angela. Curso de Derecho Constitucional. Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2006, pp. 242-243.
20. THOMSOM, J.J. "A defense of Abortion." En Philosophy and Public Affairs. Vol 1, No. 1. 1971, p. 55. Original: “In some views having a right to life includes having a right to be given at least the bare minimum one needs for continued life”
21. WILLIAMS, Benavente Jaime, Lecciones de Introducción al Derecho, p. 152
22. ZICAVO, Eugenia, La interrupción voluntaria del embarazo en Argentina: los discursos sociales en los proyectos de ley vigentes
23. ZICAVO, Eugenia, Proyecto R13-263: “Los proyectos de ley referidos al aborto en la Argentina (1984-2013): historia, argumentos y perspectivas” del Programa de Reconocimiento Institucional de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Programación 2013-2015, con sede en el Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.
24. ZUÑIGA, Alejandra, Síntesis del análisis jurídico relativo a la constitucionalidad del proyecto de ley de despenalización del aborto en tres causales. Elaborado por la Abogada y Dr. En Derecho Alejandra Zúñiga. Académica Universidad de Valparaíso, colaboradora de la Corporación Miles. Evidencia y argumentos Interrupción Voluntaria del Embarazo Discusión Proyecto de Ley. Corporación Miles, 2015.

JURISPRUDENCIA

1. Sección VII, 4, párrafos 6-9. Se trata de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 343 del Decreto 100 de 1980, artículo que contempla el estatuto del aborto. Según la doctrina mayoritaria, la Constitución y el derecho internacional reconocen el derecho a la vida del nasciturus. La Corte equipara al no nacido a la persona humana y le otorga protección absoluta por ser expresión del valor de la vida. Sentencia C-133/94. Aprobada en Santafé de Bogotá D. C., 17.03.1994.

LEYES Y CÓDIGOS

1. Constitución política de la República
2. Código Civil
3. Código Penal
4. Código Sanitario
5. Ley N°20.120 Sobre la Investigación Científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana.
6. Ley N° 21.030 Sobre la Despenalización del Aborto en Tres Causales
7. Boletín N° 499-7
8. Boletín N° 7965-11
9. Boletín N° 7373-07
10. Boletín N° 8862-11
11. Boletín N°8925-11
12. Boletín N° 9418-11

CONVENCIONES

1. Convención Americana sobre los Derechos Humanos, “Pacto San José de Costa Rica”
2. Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños.

PÁGINAS WEB

1. https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30197.html.
2. <https://www.enlacejudio.com/2020/02/13/el-tiempo-y-los-anos-que-nos-dice-el-judaismo-de-la-edad/>
3. <https://www.clinicalascondes.cl/CENTROS-ESPECIALIDADES/Especialidades/Departamento-de-Ginecologia-Obstetricia/Maternidad/Noticias/Te-puede-interesar/Preeclampsia--Hipertension-en-el-embarazo>
4. <https://www.24horas.cl/nacional/mujer-tuvo-su-bebe-a-pesar-de-ser-diagnosticada-con-inviabilidad-del-feto-1719396#5>.
5. https://elpais.com/sociedad/2019/12/13/actualidad/1576240534_342282.html
6. <https://www.diarioconstitucional.cl/noticias/tribunal-constitucional/2017/08/29/tc-entrega-fundamentos-de-sentencia-que-rechazo-requerimientos-que-impugnaban-proyecto-que-regula-despenalizacion-de-la-interrupcion-voluntaria-del-embarazo-en-tres-causales/>

REVISTAS Y APUNTES

1. Informe 2012, CELS (Centro de estudios legales y sociales) y “Estimación de la magnitud del aborto inducido en la Argentina” en Notas de población, nro. 87, CEPAL

2. Deuteronomio 21, 18-21 y FALK, Zeve W.: Hebrew law in bíblica times. An Introduction, Wahrman books, Jerusalem, 1964, p.114.