

¿Es constitucional despenalizar el aborto, más allá de causales?

*Rodolfo Figueroa García Huidobro**

RESUMEN

La tesis de este trabajo es que la despenalización del aborto, sea durante todo el embarazo o conforme un plazo, debe estimarse compatible con la Constitución, según la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en el fallo del 2017. Dicha jurisprudencia establece básicamente tres principios que sustentan la tesis del artículo: 1. La Constitución no prohíbe el aborto y el legislador puede despenalizarlo. 2. El nasciturus no es persona y no tiene derecho a la vida. 3. La mujer tiene derecho a que la maternidad sea voluntaria. La misma conclusión cabría sacar respecto del texto aprobado por la Convención Constitucional.

Constitucionalidad; aborto; plazo

Is it constitutional to decriminalize abortion beyond indications?

SUMMARY

The thesis of this work is that, decriminalization of abortion, either for the whole pregnancy or under a term, should be considered constitutional according to the Constitutional Court's ruling from 2017. Such ruling establishes three principles that justify this paper's thesis: 1. Abortion is not forbidden by the Constitution and the legislature is authorized to decriminalize it. 2. The unborn is not a person and thus, it does not have a right to life. 3. The woman has a right to a voluntary motherhood. The same conclusion should be drawn from the text approved by the Constitutional Convention.

Constitutionality; abortion; term

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales, Chile. Doctor en Derecho, University of Wisconsin, Estados Unidos. Profesor de Derecho Público, Universidad Diego Portales, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0187-9590>. Correo electrónico: rodolfo.figueroa@udp.cl.

Agradezco a Belén Saavedra por su ayuda en la búsqueda de fuentes. Este documento fue discutido el 2019 en la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Universidad de Valparaíso y Universidad Diego Portales.

Artículo enviado el 30.10.2021 y aceptado para su publicación el 1.6.2022.

INTRODUCCIÓN

La tesis de este artículo es que la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) el 2017 permite considerar conforme con la Constitución la despenalización del aborto consentido por la mujer, sea dentro de un plazo o por todo el embarazo. La suposición subyacente a esta tesis es que el TC, al resolver aquel caso, no se limitó a identificar principios que salvaran únicamente las tres causales sino que fue más lejos, emitiendo declaraciones que validan constitucionalmente la despenalización del aborto, por un plazo o por todo el embarazo. Asimismo, el texto aprobado por la Convención Constitucional el 2022 también es compatible con despenalizar el aborto con un plazo o sin él. El modo de proceder será: I. Se expondrá la doctrina del fallo del 2017. II. Se mostrará cómo esa doctrina demuestra la constitucionalidad de despenalizar el aborto. III. Se hará una breve referencia al texto aprobado por la Convención Constitucional respecto de derechos sexuales y reproductivos, maternidad e interrupción voluntaria del embarazo.

I. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 2017

El 2017 el Congreso aprobó una ley que despenalizó el aborto en tres causales restringidas¹. Esta reforma legal fue objeto de dos impugnaciones ante el TC². El TC declaró –por primera vez en Chile– que el aborto en tres causales no es inconstitucional. A continuación se expone resumidamente la primera parte de la sentencia, siguiendo su propio orden³.

1. *Criterios interpretativos*

El TC declara que empleará cuatro criterios interpretativos⁴:

- a) El legislador tiene discrecionalidad para fijar políticas y la bondad de ellas no es revisable mientras se encuentren dentro de los márgenes fijados por la Constitución⁵.
- b) Quien alegue la inconstitucionalidad de la ley debe probarlo y la inconstitucionalidad debe declararse solo si no existe forma alguna de conciliar la ley con la Constitución⁶.

¹ Para una explicación de la ley, ver ZÚÑIGA, 2018.

² Una explicación de los argumentos de los requerimientos se puede ver en ZÚÑIGA, 2018.

³ La segunda parte del fallo se refiere a la objeción de conciencia. Este trabajo no se refiere a ella.

⁴ Ver Sección VI. Tribunal Constitucional, 28.8.2017, rol 3729 (3751)-17-CPT, desde el Cº 26 (en lo sucesivo, TC, Cº).

⁵ Ver TC, Cº 26.

⁶ Ver TC, Cº 27.

- c) Se deben conjugar armónicamente los diversos preceptos de la Constitución y no deben interpretarse en forma aislada⁷.
- d) El texto de la Constitución debe adaptarse a distintas realidades; ha habido “...cambios constitucionales, legales y de derecho internacional que fortalecen la autonomía decisoria, la plena igualdad y los derechos de la mujer, que el intérprete de la Constitución no puede obviar;” y debe limitarse el uso del criterio originalista de interpretación constitucional⁸. En esa parte, el TC analiza la historia de la redacción del artículo 19 N° 1 de la Constitución y concluye que:
- (i) Se protege de modo distinto el derecho a la vida que tienen las personas (artículo 19 N° 1 inciso 1°) de la vida del que está por nacer (artículo 19 N° 1 inciso 2°).
 - (ii) La protección de la vida del *nasciturus* se confía al legislador, que “...tiene un margen de adaptación o de flexibilidad para abordar casos en que la interrupción deliberada del embarazo no se considere constitutiva de delito⁹”. Agrega el TC que si el inciso 1° del artículo 19 N° 1 incluyera al *nasciturus*, el inciso 2° sería redundante¹⁰.
 - (iii) “El legislador no tiene una reserva limitada o dirigida a prohibir el aborto, su redacción es simplemente habilitante para regular la protección¹¹”.
 - (iv) “...los derechos fundamentales no se conciben o consagran, ni pueden protegerse de modo absoluto o ilimitado...”, pues tienen un límite natural en los derechos de los demás y porque la Constitución y la ley establecen limitaciones y restricciones¹².

2. Elementos que guían el razonamiento

El TC señala que su razonamiento será guiado por cinco elementos¹³:

- a) No se debe imponer un modelo determinado de pensamiento o de moral a toda la sociedad¹⁴.
- b) “La mujer es, en el lenguaje de la Constitución, una persona humana” y tiene derechos: el derecho a la libertad e igualdad; la igualdad ante la ley con el hombre; el derecho a la vida e integridad física y psíquica; el derecho a la salud; el derecho a la privacidad; el derecho a la mayor realización espiritual y material

⁷ Ver TC, C° 28.

⁸ Ver TC, C° 29.

⁹ TC, C° 31.

¹⁰ Ver TC, C° 31.

¹¹ TC, C° 31.

¹² Ver TC, C° 32.

¹³ Ver Sección VII. TC, desde el C° 33.

¹⁴ Ver TC, C° 34.

posible¹⁵. Además, distintos cuerpos normativos promueven la equidad de género, la igualdad de derechos y eliminar "...toda forma de discriminación arbitraria en contra de las mujeres, y el establecimiento de medidas de acción afirmativa en su favor¹⁶". Añade el TC que existen varios ejemplos de cambios normativos que apuntan a proteger a la mujer y promover su igualdad de derechos¹⁷. Además, los tratados internacionales reconocen los derechos tradicionales de la mujer (como libertad y privacidad) pero también –sostiene el TC– reconocen otros nuevos¹⁸. Entre ellos, el TC destaca aspectos relacionados con la maternidad: "...el derecho a acceder a servicios adecuados de atención médica (...) planificación de la familia (...) decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el intervalo entre los nacimientos"¹⁹. Estos criterios –indica el TC– deben aplicarse para interpretar el embarazo y la maternidad:

"El embarazo es un estado temporal, propio de la mujer, normalmente voluntario, personalísimo, que compromete el cuerpo de la mujer. El embarazo compromete la integridad física y psíquica de la mujer, pues, entre otras cosas, el feto ocupa su cuerpo y provoca transformaciones físicas y fisiológicas"²⁰;

- c) El *nasciturus* no es persona; la Constitución no le confiere ese carácter, pero sí es un bien jurídico de la mayor relevancia. La ley pondera razonablemente entre el derecho a la vida de la mujer y la protección del que está por nacer. Se maximiza la protección de la mujer por la vía de despenalizar el aborto "...en circunstancias excepcionales por su gravedad y dramatismo"²¹. No es posible comparar el sacrificio de la mujer con el sacrificio de la vida prenatal²².

"...parece necesaria y razonable la diferenciación entre una persona y un *nasciturus*, entre un sujeto jurídico pleno de derechos y deberes y un sujeto que es aún una expectativa de persona, una vida en ciernes, sin duda objeto de valoración por el derecho que lo protege durante el desarrollo gestacional"²³;

¹⁵ Ver TC, C° 35.

¹⁶ TC, C° 36.

¹⁷ Ver TC, C° 37.

¹⁸ "...la protección efectiva contra todo acto de discriminación contra la mujer; el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación; el derecho a una vida libre de violencia física, sexual y psicológica; el derecho a una capacidad jurídica idéntica a la del hombre. TC, C° 38.

¹⁹ TC, C° 38.

²⁰ TC, C° 39.

²¹ TC, C° 45.

²² "...interrumpir el embarazo (...) de ningún modo puede compararse ni es proporcional al sacrificio de la vida de una persona plena, de una mujer o una madre con un proyecto vital en pleno desarrollo en el mundo, en el medio social y familiar". TC, C° 40.

²³ TC, C° 40.

- d) El derecho penal es un instrumento de *ultima ratio*; no debe operar a todo evento para proteger ciertos bienes jurídicos porque puede resultar excesivo; el legislador puede buscar otros instrumentos regulatorios y adaptar el derecho penal a la realidad²⁴.
- e) Derechos de los pacientes: la ley cambió el paradigma de la atención médica, que antes estaba centrado en la discrecionalidad del médico; ahora, lo relevante es el paciente y sus derechos. El paciente tiene autonomía para someterse a cualquier procedimiento médico. Con este nuevo paradigma –sostiene el TC– se examina la ley que despenaliza el aborto en ciertas causales: se exige la voluntad de la mujer para la interrupción del embarazo y se requiere la intervención de un equipo médico para verificar la procedencia de tales causales²⁵.

3. Interpretación del artículo 19 N° 1 inciso 2° de la Constitución

Con los elementos anteriores, el TC aborda la interpretación del artículo 19 N°1 inciso 2° de la Constitución y el concepto de persona en la Constitución. Separaremos esas dos partes:

3.1. La ley protege la vida del que está por nacer

El TC analiza los cuatros conceptos contenidos en ese enunciado normativo:

- a) Ley. El TC sostiene que la Constitución encarga a la ley determinar la forma de brindar protección al *nasciturus*; no es la Constitución la que lo protege en forma directa²⁶. El legislador puede determinar en qué casos se protege al *nasciturus*, de qué modo y puede hacerlo mediante cualquier norma: civil, penal, laboral, de seguridad social, etcétera.²⁷
- b) Protección. El TC declara que el inciso 2° se distingue del 1°, que habla de persona; el 2° habla del que está por nacer; además, el inciso 2° no alude a los derechos sino a la protección de la vida. La Constitución emplea esta idea de protección en distintos ámbitos (la familia, la población, el patrimonio cultural, etc.). Sin embargo, estas exigencias de protección nunca se han interpretado como equivalentes a tipos penales; no han sido consideradas un mandato máximo y a todo evento ni un título para sacrificar otros bienes jurídicos; y no han impedido el desarrollo de nuevos derechos²⁸. No puede haber desprotección del *nasciturus*; deben existir medidas de distinto tipo indispensables para protegerlo²⁹. Tampoco puede haber

²⁴ Ver TC, C° 41.

²⁵ Ver TC, C° 42.

²⁶ Ver TC, C° 45.

²⁷ Ver TC, C° 45.

²⁸ Ver TC, C° 46.

²⁹ Ver TC, C° 47.

sobreprotección: el inciso 2º no es un “...mandato para descuidar a la mujer...”³⁰ ni un título para perjudicarla, por tres razones:

- (i) Las medidas de protección pasan inevitablemente por la mujer, que es la primera obligada para brindar protección y sin la cual ese deber no puede cumplirse³¹;
- (ii) La mujer:

“...no puede ser considerada como un instrumento utilitario de protección del no nacido”. El legislador (...) no puede ir contra la mujer imponiendo su voluntad e incluso poniendo en peligro su vida o imponiéndole deberes más allá de lo que a cualquier persona se le exige”. “La maternidad es un acto voluntario, que exige el compromiso vibrante de la mujer embarazada. No puede ser una imposición del Estado a cualquier costo de la mujer. Ella no es un medio”³².

- (iii) “...cuando la Constitución ha querido hacer primar un derecho sobre otro o privilegiar intereses superiores, lo ha dicho expresamente”³³.

El TC indica que se deben considerar los siguientes criterios la regulación legal de protección del *nasciturus*:

“La protección al *nasciturus* no puede hacerse sin la debida consideración a los derechos que tiene la mujer (...) El que está por nacer no es el único protegido por la Constitución (...) El legislador debe buscar la fórmula para que el que está por nacer pueda hacerlo (...) A partir de cierto límite, los derechos de la mujer deben primar (...) No puede considerarse (...) que la vida del que está por nacer sea la única que no puede ser afectada en ninguna circunstancia, por ninguna razón o interés”³⁴;

Junto con lo anterior, el TC declara que el mandato de protección no implica prohibir la despenalización de ciertas conductas:

- (i) La Constitución tiene un lenguaje para expresar las prohibiciones (“se prohíbe”, “nadie puede”, etc.) y la palabra proteger no es sinónimo de aquellas³⁵.
- (ii) La Constitución no trata ni se refiere al aborto y encomienda al legislador crear, modificar o derogar delitos³⁶. No existe impedimento a la despenalización³⁷.

³⁰ TC, Cº 47.

³¹ Ver TC, Cº 47.

³² TC, Cº 47.

³³ TC, Cº 47.

³⁴ TC, Cº 79.

³⁵ Ver TC, Cº 55.

³⁶ Ver TC, Cº 56 y 57.

³⁷ Ver TC, Cº 58.

- (iii) "...la Constitución asegura el derecho a la vida. El Código Penal castiga el homicidio. Pero no son sinónimos. Proteger el derecho a la vida no es equivalente a tipificar el homicidio"³⁸. El delito de aborto es distinto del delito de homicidio³⁹.
- (iv) La protección que establece la Constitución en el artículo 19 N°1 inciso 2° no puede reducirse al ámbito penal. Muchas normas protegen la vida del que está por nacer⁴⁰.
- c) Vida. Este es el tercer concepto que analiza el TC. Señala que la Constitución manda proteger la vida, no el derecho a la vida; no se debe confundir ambos conceptos⁴¹. El derecho a la vida no reviste carácter absoluto pues ningún derecho fundamental lo tiene; se admiten limitaciones para poder ser compatibles con la protección del ser humano y su dignidad, en el caso de la legítima defensa, la pena de muerte, la interrupción del embarazo⁴², el estado de necesidad⁴³.
- d) El que está por nacer. Este es el cuarto concepto que analiza el TC. Sostiene que el ordenamiento jurídico emplea diferentes fórmulas para referirse a él, como "criatura", "hijo en período de gestación", "no nacido", "embriones humanos"⁴⁴. En cambio, al nacido, el ordenamiento jurídico lo llama "persona", "hijo ya nacido", "niña o niño", "menor de edad", etc.⁴⁵. La Constitución reserva la expresión "hijo" para los nacidos⁴⁶. La condición de estar por nacer cesa con el nacimiento y separación total de la madre, aunque la Constitución no indica cuándo comienza dicha condición. El TC alude a su sentencia Rol N° 740 del 2008, donde señaló que esa condición principia con la concepción, pero declara ahora que no corresponde definir este asunto, más aun habiendo controversia científica en la materia⁴⁷:

"Afirmar que la vida comienza desde la concepción, implica establecer inmediatamente una separación y un interés contrapuesto entre la madre y el embrión o feto. También implica establecer una jerarquía, pues la madre pasa a ser el lugar donde el embarazo transcurre y donde la madre tiene poco que hacer o decir"⁴⁸;

³⁸ TC, C° 59.

³⁹ Ver TC, C° 60.

⁴⁰ Ver TC, C° 61.

⁴¹ Ver TC, C° 48.

⁴² Ver TC, C° 49.

⁴³ Ver TC, C° 79.

⁴⁴ Ver TC, C° 50.

⁴⁵ Ver TC, C° 50.

⁴⁶ Ver TC, C° 50.

⁴⁷ Ver TC, C° 51.

⁴⁸ TC, C° 52.

3.2. El concepto de persona en la Constitución

Esta es la segunda parte del análisis del TC relativo al artículo 19 N° 1 inciso 2°. El TC sostiene:

- a) Conforme con el Código Civil, personas son todos los individuos de la especie humana y su existencia legal comienza al nacer. Si esto no ocurre, se reputará no haber existido jamás. Las personas nunca se presumen no haber existido jamás⁴⁹.
- b) La Constitución emplea el término persona en 12 de los 26 numerales del artículo 19. Además, utiliza la palabra individuo, habitante, chileno y particulares⁵⁰. Las personas son titulares de derechos⁵¹.
- c) La Constitución construye el concepto de persona a partir del nacimiento, por varias razones: (i) Así lo dispone el artículo 1° de la Constitución⁵². La Constitución atribuye efectos al nacimiento: nacionalidad, ciudadanía y requisito de edad⁵³. (ii) El artículo 19 N°1 distingue el inciso 1° del 2°: en el primero alude a personas y en el segundo al que está por nacer⁵⁴. (iii) El resto de los numerales del artículo 19 suponen que la persona está nacida o tiene edad⁵⁵.

El *nasciturus*: “no tiene las condiciones habilitantes para que se le reconozca su condición de persona y titular de derechos (...) la forma correcta de interpretar la Constitución no es alterar una interpretación sistemática ni subordinar el resto de los conceptos constitucionales para dar cabida al *nasciturus* forzando su incorporación en categorías conceptuales no diseñadas para él”⁵⁶.

Aquí termina el marco dogmático fijado por el TC, que luego es aplicado a las tres causales. Eso no será revisado en este texto. Sin embargo, a propósito del análisis de las causales, hay tres puntos que es posible rescatar para efectos de este artículo: Primero, el TC rechaza la tesis de que la Constitución solo permitiría el aborto indirecto⁵⁷, porque esa idea se sustenta sobre la doctrina del doble efecto⁵⁸. El TC la rechaza, señalando: i) la Constitución no regula el aborto; ii) la voz “protege” no implica mandato penal⁵⁹,

⁴⁹ Ver TC, C° 63.

⁵⁰ Ver TC, C° 65.

⁵¹ Ver TC, C° 66.

⁵² Ver TC, C° 68.

⁵³ Ver TC, C° 70.

⁵⁴ Ver TC, C° 76.

⁵⁵ Ver TC, C° 77.

⁵⁶ TC, C° 77. El TC reitera que el *nasciturus* es un bien jurídico de mucha importancia; por eso la Constitución encarga al legislador su protección y, para recibirla, no requiere el estatuto de persona ni “distorsionar todo el resto del sistema constitucional y legal”. TC, C° 78.

⁵⁷ Ver TC, C° 91.

⁵⁸ Ver TC, C° 91.

⁵⁹ Ver TC, C° 92.

y iii) no puede haber aborto indirecto porque la intervención médica siempre requiere el consentimiento de la paciente, conforme a la ley⁶⁰. Segundo, el TC reconoce que el proyecto de ley crea un derecho subjetivo al aborto: la intervención del embarazo es una prestación médica que se enmarca dentro del derecho constitucional de protección de la salud “...que debe garantizarse a las mujeres como titulares universales del mismo y que se encuentran enfrentadas a la decisión de interrumpir su embarazo”⁶¹. La mujer debe ser tratada como cualquier otro paciente, bajo el principio de igualdad, lo que a su vez requiere la existencia de una política de salud, sin esta el Estado incurriría en responsabilidad por falta de servicio⁶². Tercero, al analizar la protección penal del *nasciturus* bajo el principio de proporcionalidad⁶³ el TC señala: (i) Ella no cumple la exigencia de idoneidad porque las cifras de condena por aborto son muy inferiores a los egresos hospitalarios por aborto, sin considerar los abortos clandestinos⁶⁴. (ii) Tampoco satisface el principio de necesidad porque existen otras medidas menos lesivas para la mujer y porque la prohibición penal absoluta lesiona los derechos de la mujer⁶⁵. (iii) No cumple el test del balance porque se comparan derechos de la mujer con un bien jurídico protegido y porque el embarazo “provoca un compromiso vital de la mujer que afecta toda su vida”⁶⁶.

Con esto, finaliza la exposición de la doctrina del TC concerniente a la constitucionalidad de la despenalización del aborto en tres causales.

II. CONSTITUCIONALIDAD DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

La tesis de este trabajo es que el TC estableció una doctrina el 2017 que permite entender que despenalizar el aborto, sea por plazo o durante todo el embarazo, es compatible con la Constitución.

Esta sección podría ser muy breve: bastaría señalar que la Constitución manda proteger al que está por nacer y el TC 2017 declaró que la protección se puede brindar mediante cualquier tipo de norma, no necesariamente penal. En consecuencia, la despenalización del aborto no infringe el deber de protección y, por esta razón, es compatible con la Constitución. Sin embargo, ofreceré una argumentación más extensa porque el sentido de las palabras (las del TC 2017) no es puramente lexicográfico sino también contextual; para interpretar las palabras del TC y calibrar su alcance es relevante tener presente el contexto jurídico dentro del que se emiten. Entonces, voy a explicar ese contexto, que está dado por la doctrina tradicional mayoritaria previa al 2017. Expondré los pilares de

⁶⁰ Ver TC, C° 93 y el C° 94.

⁶¹ TC, C° 103.

⁶² Ver TC, C° 33.

⁶³ Ver sección XI. TC, C° 111 y ss.

⁶⁴ Ver TC, C° 114.

⁶⁵ Ver TC, C° 115.

⁶⁶ TC, C° 116.

esa doctrina, conforme los cuales el aborto siempre es inconstitucional. Luego, veremos cómo la sentencia del TC 2017 elimina todos esos pilares y provee de otro significado al enunciado constitucional, permitiendo que el legislador despenalice el aborto.

1. *La doctrina tradicional sobre el aborto*

La doctrina chilena tradicional, hasta el fallo del 2008 (complementada en década siguiente), suscribía en forma mayoritaria la tesis de que el aborto, a secas, era contrario a la Constitución⁶⁷. Conforme esa doctrina, el inciso 2° del artículo 19 N° 1 debía entenderse de la siguiente manera:

- a) *Proteger la vida significa prohibido matar*⁶⁸. Si se pudiera matar al *nasciturus*, no se lo estaría protegiendo⁶⁹.
- b) La prohibición de matar al *nasciturus* es absoluta⁷⁰: en ningún caso el aborto se encuentra justificado, ni siquiera el terapéutico⁷¹. La prohibición del aborto terapéutico implica permitir que se deje morir a la mujer⁷². Esta consecuencia se

⁶⁷ Estos autores pertenecen a distintas disciplinas del derecho: CARRASCO, 1987 pp. 41 y 54; CEA, 2004, p. 46; CORRAL, 1989-1990, pp. 45-46; CORRAL, 1992 p. 447; CORRAL, 2005, pp. 48-49; FERMANDOIS, 2004 p. 101; ISLER, 2000, p. 123; NOGUEIRA, 1997, pp. 9-10; PRECHT, 1992, pp. 516-521, RODRÍGUEZ, 1991-1992, pp. 379-381; ROZAS, 1989, p. 740; SILVA, 1995, p. 186; SOTO, 1984, p. 60; SOTO, 1991a, p. 139; SOTO, 1991b, p. 59; TÓRTORA, 2005, p. 201; UGARTE, J. (2006a) p. 235; UGARTE, 2006b, pp. 522, 523; VARELA, 1990, p. 197; VERDUGO *et al.*, 2005, p. 199; VIVANCO, 2001, p. 476; VIVANCO, 2006, p. 244; ZAPATA, 1988, p. 382. Por todos, FIGUEROA, 2007, pp. 97-100.

⁶⁸ Prácticamente todos los autores de la postura mayoritaria indicada en la nota anterior.

⁶⁹ Prácticamente todos los autores de la postura mayoritaria indicada en la nota 71. Recientemente, BERTELSEN, 2018, p. 83-84 y MARTÍNEZ y COVARRUBIAS, 2018, p. 110.

⁷⁰ Prácticamente todos los autores de la postura mayoritaria indicada en la nota 71. Recientemente, CORRAL, 2015, p. 142; BERTELSEN y GARCÍA, 2015, p. 197; OSSANDÓN, 2015, p. 154, 157.

⁷¹ Ver UGARTE, 2006, p. 330 y ss. y MIRANDA, 2014, p. 163: Miranda aclara que la prohibición se refiere al denominado aborto directo, pues el aborto indirecto está justificado bajo la doctrina del doble efecto. En el primero, se mata al feto en forma intencional como medio para salvar a la mujer; en el segundo, el feto muere como consecuencia colateral (en forma indirecta) de un procedimiento lícito aplicado a la mujer, como sería la salpingectomía para tratar un embarazo ectópico tubárico; o ejecutar una histerectomía para tratar un cáncer. MIRANDA, 2015, p. 43. Algunos incluso sugieren no llamar a ese acto aborto terapéutico. Ver CONTRERAS y VERGARA, 2015, p. 58. La oposición al aborto terapéutico queda demostrada con la impugnación interpuesta el 2017 contra el proyecto de ley que autoriza el aborto terapéutico. Esto se verá más adelante.

⁷² Digo que implica *permitir*, en el sentido de legitimidad de la conducta. Dice Ossandón: "...no es admisible justificación alguna que haga legítima la conducta de provocarle la muerte ..." al *nasciturus*. OSSANDÓN, 2015, p. 165. En cuanto a lo penal, Ossandón estima que, en caso de producirse un aborto terapéutico, la conducta abortiva no debería ser sancionada como delito. OSSANDÓN, 2015, p. 158ss. Un matiz en este argumento: MIRANDA, 2015; CONTRERAS y VERGARA, 2015; sostienen que la prohibición del aborto terapéutico no implica que la mujer tenga un deber absoluto de continuar con el embarazo. Señalan

- justifica en la doctrina del hacer y permitir⁷³. La eventual muerte de la mujer se justificaría en el principio de que nunca es lícito matar una vida humana inocente⁷⁴.
- c) La prohibición es total: rige desde la concepción hasta el parto⁷⁵. Esta tesis se sigue del hecho de que el precepto constitucional no limita la protección del *nasciturus* a algún período específico del embarazo⁷⁶. Esta idea sigue la tesis de que no es posible trazar una línea relevante durante el embarazo que separe quiénes son personas y quiénes no⁷⁷.
 - d) La prohibición del aborto debe materializarse mediante una norma penal⁷⁸. Esta tesis aplica por analogía el principio que justifica penalizar el homicidio de una persona⁷⁹.
 - e) El que está por nacer es persona⁸⁰. El artículo 19 N° 1 de la Constitución se refiere a las personas. Por lo mismo, el *nasciturus* es titular del derecho a la vida. Eso se desprende del encabezado del artículo 19, conforme el cual la titularidad de los derechos constitucionales se confiere a quienes son personas.

En conclusión, despenalizar el aborto es inconstitucional.

Esa doctrina mayoritaria fue reconocida por la sentencia del TC 2008, que declaró:
i) El *nasciturus* es una persona. En consecuencia, es titular del derecho a la vida. ii) La titularidad comienza con la concepción. iii) El verbo *proteger* significa que en ningún momento del embarazo y por ninguna razón se puede matar al *nasciturus* (su derecho a la vida es absoluto). Por tanto, el legislador no puede despenalizar el aborto en ningún caso⁸¹.

que se puede ejecutar un aborto indirecto, que ellos denominan *terapéutico*, que es cualquier procedimiento beneficioso para la mujer pero que no ponga en riesgo, de manera deliberada y directa, la vida del *nasciturus*.

Respecto de dejar morir a la mujer: se debe recordar que cinco ministros del TC (Peña, Aróstica, Hernández, Romero y Letelier) estuvieron por declarar inconstitucional aquella norma del proyecto que hacía improcedente la objeción de conciencia del médico cuando se tratase de una urgencia médica impostergradable en el caso de la 1ª causal (riesgo para la vida de la mujer). Esto significa que 5 ministros estimaron que una norma que pretende salvar a la mujer, obligando al médico a ejecutar un aborto terapéutico, es contraria a la Constitución.

⁷³ La doctrina que distingue hacer y permitir (DDA) forma parte de la doctrina del doble efecto (DDE). Ver FIGUEROA, 2011.

⁷⁴ MIRANDA, 2014, p. 159-168; OSSANDÓN, 2015, p. 158.

⁷⁵ Prácticamente todos los autores de la postura mayoritaria indicada en la nota 71. Recientemente, OSSANDÓN, 2015, p. 149.

⁷⁶ Ver Philippi con Instituto de Salud Pública, Corte Suprema, Rol 2186-2001, 30-8-2001.

⁷⁷ BERTELSEN y GARCÍA, 2015.

⁷⁸ Prácticamente todos los autores de la postura mayoritaria indicada en la nota 71. Más reciente, Corral, 2015, p. 143.

⁷⁹ OSSANDÓN, 2011.

⁸⁰ Todos los autores de la postura mayoritaria indicada en la nota 71. Uno entiende que el artículo 19 N° 1 consagra "el derecho a la vida del que está por nacer". CORRAL, 2015, p. 125.

⁸¹ Ver FIGUEROA, 2010.

En consecuencia, el contexto dogmático-conceptual en el cual el TC 2017 dicta su sentencia es uno que tiene ciertos pilares fundamentales para apoyar la inconstitucionalidad de la despenalización del aborto:

- El *nasciturus* es una persona: es titular del derecho a la vida.
- Su derecho a la vida es absoluto desde la concepción hasta el parto.
- El aborto está prohibido penalmente durante todo el embarazo.
- El legislador no puede despenalizar el aborto en ningún caso.

Esos pilares fueron removidos por la sentencia del TC 2017.

2. *La doctrina del TC 2017*

En esta sección tomaré las declaraciones del TC, expuestas en la parte I, y las reordenaré en torno a tres ejes centrales que, creo yo, comprueban la tesis:

- 1) La Constitución no prohíbe el aborto y el legislador puede despenalizarlo.
- 2) El *nasciturus* no es persona y no tiene derecho a la vida.
- 3) La mujer tiene derecho a que la maternidad sea voluntaria.

1) **La Constitución no prohíbe el aborto y el legislador puede despenalizarlo**

Esta idea se desprende de las siguientes declaraciones del TC:

- a) La Constitución no trata ni se refiere al aborto⁸². La Constitución no protege al *nasciturus* en forma directa, sino que encarga al legislador decidir cómo hacerlo, mediante cualquier norma: civil, penal, laboral, de seguridad social, etc.⁸³ La protección del *nasciturus* no puede ser insuficiente, porque infringiría el mandato del artículo 19 Nº 1 inciso 2º, ni puede ser excesiva porque vulneraría los derechos de la mujer. No se puede descuidar a la mujer o perjudicarla⁸⁴. La Constitución encomienda al legislador crear, modificar o derogar delitos⁸⁵. No existe impedimento a la despenalización⁸⁶. “El legislador no tiene una reserva limitada o dirigida a prohibir el aborto, su redacción es simplemente habilitante para regular la protección”⁸⁷. El legislador “...tiene un margen de adaptación o de flexibilidad para abordar casos en que la interrupción deliberada del embarazo no se considere

⁸² Ver TC, Cº 56.

⁸³ Ver TC, Cº 45.

⁸⁴ Ver TC, Cº 47.

⁸⁵ Ver TC, Cº 56 y 57.

⁸⁶ Ver TC, Cº 58.

⁸⁷ TC, Cº 31.

constitutiva de delito”⁸⁸. El derecho penal es un instrumento de *ultima ratio*; no debe operar a todo evento para proteger ciertos bienes jurídicos porque eso puede resultar excesivo; el legislador puede buscar otros instrumentos regulatorios y adaptar el derecho penal a la realidad⁸⁹.

Estas declaraciones del TC derriban la idea de que la Constitución prohíbe el aborto y, por tanto, que despenalizarlo sea inconstitucional, tal como sostenía la doctrina tradicional y el fallo TC 2008. Además, reconocen que la regulación del aborto y el deber de protección del *nasciturus* consisten en un asunto legal, que es regulable incluso sin recurrir al derecho penal, de modo que podría despenalizarse por completo, para ello no existe impedimento alguno, dice el TC. Además, el tribunal enfatizó que el derecho penal es de *ultima ratio*, siguiendo la jurisprudencia comparada⁹⁰. El principio de *ultima ratio* no se limita a las tres causales: en efecto, nada impide que el legislador considere excesivo criminalizar a la mujer embarazada y despenalice el aborto durante un plazo o durante todo el embarazo.

Ahora bien, el legislador tiene un deber de proteger al *nasciturus*, mediante algún tipo de regulación, sin infraprotegerlo pero tampoco sobreprotegerlo porque eso infringiría los derechos de la mujer. Es evidente que puede haber desacuerdo acerca de qué es sobreproteger o infraproteger⁹¹. Esos estándares probablemente se irán precisando en Chile con futura jurisprudencia constitucional a medida que el legislador vaya adoptando regulaciones específicas, pero proteger al *nasciturus* nunca exige al legislador criminalizar el aborto.

- b) Señala el TC: El legislador puede definir cuándo comienza la vida del *nasciturus* y, por tanto, su protección⁹². La Constitución protege de modo distinto el derecho a la vida que tienen las personas (artículo 19 N° 1 inciso 1°), de la vida del que está por nacer (artículo 19 N° 1 inciso 2°)⁹³.

Esta declaración del TC deja sin efecto la tesis según la cual la vida del *nasciturus* comienza en la concepción. Por lo mismo, el legislador puede decidir desde cuándo proteger al *nasciturus*. Además, el TC separa la forma de proteger las personas y el *nasciturus*, siguiendo la tendencia casi unánime en la jurisprudencia constitucional comparada⁹⁴.

⁸⁸ TC, C° 31.

⁸⁹ Ver TCC° 41.

⁹⁰ Ver FIGUEROA, 2021, y UNDURRAGA, 2013.

⁹¹ Ver la discusión de cargas indebidas en *Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), págs. 874 y 878.

⁹² Sostiene el TC: “...el Congreso Nacional se encuentra mucho más capacitado y legitimado para resolver una controversia de cuándo comienza la vida del que está por nacer, que esta Magistratura, dado la falta de una regla explícita en la Constitución”; C° 51. El TC alemán siguió este camino, indicando que antes del día catorce de la fertilización, aún no existe un individuo (39 BverfGe I, 1975, C.I.1.b).

⁹³ Ver TC, C° 48.

⁹⁴ Ver FIGUEROA, 2021 y UNDURRAGA, 2013.

- c) Declara el TC: La Constitución tiene un lenguaje para expresar las prohibiciones (“se prohíbe”, “nadie puede”, etc.) y la palabra proteger no es sinónimo de aquellas⁹⁵.

Esta aseveración descarta la tesis que sostiene que el inciso 2° del artículo 19 N° 1 contiene una prohibición del aborto.

- d) Declara el TC: El legislador tiene discrecionalidad para fijar políticas y la bondad de ellas no es revisable mientras se encuentren dentro de los márgenes fijados por la Constitución⁹⁶.

Con esta declaración, el TC apunta a una idea básica del control constitucional: que una política legislativa sea objetable, desde algún punto de vista valórico, no es una condición suficiente para declararla inconstitucional.

- e) Sostiene el TC: El texto de la Constitución debe adaptarse a distintas realidades; ha habido “...cambios constitucionales, legales y de derecho internacional que fortalecen la autonomía decisoria, la plena igualdad y los derechos de la mujer, que el intérprete de la Constitución no puede obviar”⁹⁷.

Aquí, el TC exige entender que la Constitución debe evolucionar; particularmente, en lo que concierne a la autonomía decisoria de la mujer. Esta declaración es habitual en la jurisprudencia constitucional comparada sobre aborto⁹⁸. Esta idea, además, está en consonancia con lo dicho en la primera sección: no se puede imponer un modelo determinado de pensamiento o de moral a toda la sociedad⁹⁹.

- f) Declara el TC: “El legislador debe buscar la fórmula para que el que está por nacer pueda hacerlo”. “A partir de cierto límite, los derechos de la mujer deben primar”¹⁰⁰.

Aquí se deja sin efecto la doctrina establecida el 2008, según esta, el legislador debía prohibir matar al *nasciturus* en todos los casos y desde la concepción. Por tanto, es constitucionalmente posible cumplir con los deberes de protección y, al mismo tiempo, despenalizar el aborto.

- g) Sostiene el TC: Una ley solo es inconstitucional si no existe forma alguna de conciliarla con la Constitución¹⁰¹.

Con esta declaración, el TC circunscribe la inconstitucionalidad a la hipótesis de que la ley no sea salvable en ningún caso. Esta idea, junto con lo señalado más atrás y más adelante, permiten advertir que despenalizar el aborto es claramente conciliable con la Constitución.

⁹⁵ Ver TC, C° 55.

⁹⁶ Ver TC, C° 26.

⁹⁷ TC, C° 29.

⁹⁸ Ver FIGUEROA, 2021, y UNDURRAGA, 2013.

⁹⁹ Ver TC, C° 34.

¹⁰⁰ TC, C° 79.

¹⁰¹ Ver TC, C° 27.

2) El *nasciturus* no es persona y no tiene derecho a la vida

Esta idea central se opone a otro pilar fundamental de la doctrina tradicional y del fallo del TC 2008.

- a) El TC declara: El *nasciturus* no es persona; "...es una expectativa de persona, una vida en ciernes"¹⁰²; "...parece necesaria y razonable la diferenciación entre una persona y el *nasciturus*"¹⁰³; la personalidad se adquiere con el nacimiento¹⁰⁴. El *nasciturus* no tiene derechos¹⁰⁵.

Estas declaraciones del TC representan un cambio de paradigma estructural en la jurisprudencia¹⁰⁶, situándose el TC en la posición casi unánime de la jurisprudencia constitucional comparada¹⁰⁷. Se deja de tematizar el aborto en torno a la personalidad¹⁰⁸. Esta declaración hace inviable la tesis de que despenalizar el aborto sea inconstitucional.

- b) Sostiene el TC: El hecho de que el *nasciturus* no sea persona no significa que no deba ser protegido. Existe un deber expreso de protegerlo, como establece el artículo 19 N° 1 inc. 2°¹⁰⁹. Esta declaración reitera que existen deberes de protección del *nasciturus*, que son independientes de su estatus jurídico.

3) La mujer tiene derecho a que la maternidad sea voluntaria

Este es el tercer eje estructural de la nueva doctrina constitucional y es el más importante para la tesis de este artículo.

- a) El TC declara: La mujer es una persona humana y tiene derechos¹¹⁰.

¹⁰² TC, C° 40.

¹⁰³ TC, C° 40.

¹⁰⁴ Ver TC, C° 40.

¹⁰⁵ Ver TC, ° 40.

¹⁰⁶ Ver Tribunal Constitucional, 18.4.2008, rol 740-07-CDS (en adelante, TC 740).

¹⁰⁷ Ver FIGUEROA, 2021. Solo en el caso de Alemania se ha reconocido que el *nasciturus* tiene derecho a la vida (39 BVerfGE, 1, 1975), pero incluso en ese caso, el TC alemán admitió la constitucionalidad de leyes que permitieran el aborto en una serie de indicaciones, y en 1993, el TC alemán admitió la constitucionalidad de no criminalizar el aborto fuera de indicaciones si había otro recurso igualmente efectivo para proteger al *nasciturus* (88 BverfGE, 203, 1993). Ver FIGUEROA, 2021. El caso de Irlanda (1992) no es una excepción en la jurisprudencia comparada, pues era la Constitución la que confería derecho a la vida al *nasciturus*. Ver UNDURRAGA, 2013. El precepto constitucional que se derogó el 2018, eliminándose el derecho a la vida del *nasciturus*. Ver art. 40.3.3.

¹⁰⁸ Discutir el aborto en torno a la personalidad es inconducente. Ver FIGUEROA, 2013 y THOMSON, 1971. Además, no permite entender por qué la jurisprudencia comparada en general protege al *nasciturus* no obstante considerar que no es una persona. Ver FIGUEROA, 2021.

¹⁰⁹ Ver TC, C° 40.

¹¹⁰ Ver TC, C° 35.

Esta declaración podría estimarse tan innecesaria como decir que el hombre es una persona humana y tiene derechos¹¹¹. Sin embargo, quizá el TC creyó necesario incurrir en este pleonasma porque la mujer y sus derechos han estado invisibilizados en Chile, al punto que en la sentencia del TC del 2008¹¹², la mujer y sus derechos no aparecen siquiera aludidos en el fallo. Esta declaración también marca un cambio de paradigma en Chile, y sigue la jurisprudencia comparada sobre aborto según la cual el punto de partida siempre son los derechos de la mujer, que se analizan en conjunto con el interés del Estado en proteger la vida humana prenatal¹¹³.

- b) El TC alude a varios derechos, como vimos en la parte I. Esos derechos, sumados a la idea de que la maternidad es voluntaria, establecen, por primera vez en el derecho constitucional chileno, que la mujer es persona y tiene derechos sexuales y reproductivos¹¹⁴. Además, estas declaraciones revisten la mayor importancia para el argumento de este trabajo: si la Constitución solo permitiera el aborto en tres causales, de modo que establecer un plazo, o despenalizar el aborto por completo, fuese necesariamente inconstitucional, entonces la mujer no podría decidir acerca del embarazo y su maternidad, y no tendría sentido reconocer los derechos recién señalados. En efecto, si la Constitución solo permitiera el aborto por excepción, eso implicaría que la mujer no tendría, por regla general, un derecho a decidir respecto de su embarazo, sino que se encontraría, por regla general, bajo la obligación a reproducirse. Esto, sin duda, es incompatible con los derechos sexuales y reproductivos recién señalados.

En lo que sigue, comentaré algunos de los derechos aludidos por el TC, para advertir qué alcance pueden tener:

- i) Derecho a la igualdad y “...a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación...”. El TC no desarrolla el significado de estos derechos. Sin embargo, ellos están directamente relacionados con la idea de equidad de género, que es un concepto explícitamente utilizado por el TC¹¹⁵. La igualdad de la mujer, el ideal de no subordinación y la equidad de género permiten teóricamente construir un argumento en favor de los derechos sexuales y reproductivos, entre estos, como se ha dicho, se encuentra el derecho a decidir en torno al embarazo¹¹⁶.
- (ii) Derecho a acceder a servicios adecuados de atención médica, planificación de la familia, decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, intervalo

¹¹¹ Este comentario también es advertido por ZÚÑIGA, 2018, p. 136, VALENZUELA, 2020, pp. 13 y 14, SEPÚLVEDA Y VIVALDI, 2021, p. 157.

¹¹² TC, 740.

¹¹³ Ver FIGUEROA, 2021, y UNDURRAGA, 2013.

¹¹⁴ SEPÚLVEDA Y VIVALDI, 2021, p. 157, 163.

¹¹⁵ Ver TC, C° 36.

¹¹⁶ Ver desarrollo en ZÚÑIGA, 2019.

entre los nacimientos y autonomía para someterse a cualquier procedimiento médico. Esos derechos constituyen, obviamente, parte del núcleo de los derechos sexuales y reproductivos, de modo que claramente justifican un derecho a decidir en relación con el embarazo.

- iii) Derecho a la mayor realización material y espiritual posible de la mujer¹¹⁷. El TC lo llama derecho. Este es un principio que se encuentra reconocido en el artículo 1° de la Constitución y constituye un argumento central para la despenalización del aborto. En efecto, para algunas mujeres, la perspectiva de la maternidad es incompatible con su mayor realización material y espiritual posible. Si la maternidad es forzada, entonces el principio del artículo 1° se torna irrelevante para algunas mujeres.
- c) El TC declaró que: “La maternidad es un acto voluntario, que exige el compromiso vibrante de la mujer embarazada. No puede ser una imposición del Estado a cualquier costo de la mujer. Ella no es un medio”¹¹⁸. “El embarazo es un estado temporal, propio de la mujer, normalmente voluntario, personalísimo, que compromete el cuerpo de la mujer. El embarazo compromete la integridad física y psíquica de la mujer, pues, entre otras cosas, el feto ocupa su cuerpo y provoca transformaciones físicas y fisiológicas”¹¹⁹. Estas declaraciones constituyen otro pilar fundamental para la despenalización del aborto. Las separaré en 4 partes:

- (i) La sola expresión *maternidad voluntaria* proporciona una justificación central para la despenalización del aborto. En efecto, sin libertad para decidir, la maternidad resulta forzosa.
- (ii) La mujer no es un medio, no es un instrumento. Estas declaraciones del TC aluden al principio de dignidad, que en el sentido kantiano significa: las personas deben ser tratadas, a la vez, como un fin y un medio y no solamente como un mero medio¹²⁰. La dignidad se encuentra reconocida en el artículo 1° de la Constitución. El TC señala que la mujer no es objeto sino sujeto de derechos; no puede ser instrumentalizada y, por ello, el legislador no puede imponer su voluntad a la mujer. Pues bien, si la ley permite abortar solamente bajo indicaciones, está forzando a la mujer a reproducirse como regla general, transformándola en un medio. Esto es lo que hace el actual Código Penal y el Código Sanitario. Esto sugiere la brutal idea de que el Estado considera a la mujer como una máquina reproductora, sin intereses ni voluntad

¹¹⁷ TC, C° 35.

¹¹⁸ TC, C° 47.

¹¹⁹ TC, C° 39.

¹²⁰ Ver KANT, 1990, p. 104.; CHUECA, 2015; Artículo 1° de la Constitución.

sobre su propia reproducción, tal como se trata a los animales de crianza¹²¹. Eso, sin duda, es ofensivo para la mujer, es violento y transgrede el principio de que la mujer tiene dignidad. En este sentido, sería absurdo considerar contraria a la Constitución una ley que despenaliza el aborto precisamente para remediar ese problema.

El TC añade que “La madre no puede ser considerada como un instrumento utilitario de protección del no nacido”¹²². La palabra *instrumento* es equivalente a medio y sugiere una estructura argumentativa utilitarista, incompatible con la idea de derechos fundamentales inviolables¹²³. Sin libertad para decidir, la reproducción es forzada y la mujer es jurídicamente entendida como un medio.

- (iii) El embarazo es un estado propio de la mujer, personalísimo y que compromete su cuerpo. Esta declaración enfatiza la idea de que la regulación de la reproducción de la mujer debe tener como eje central sus derechos e intereses. Una regulación del aborto que no conceda a la mujer oportunidad para decidir acerca de su embarazo difícilmente resulta conciliable con el respeto y protección de sus derechos e intereses. Esta es, en buena medida, la razón fundamental por la que la jurisprudencia constitucional comparada justifica la despenalización del aborto¹²⁴.

- d) “El legislador (...) no puede ir contra la mujer imponiendo su voluntad (...) o imponiéndole deberes más allá de lo que a cualquier persona se le exige”¹²⁵. La primera parte de esta declaración del TC es equivalente a decir que la mujer tiene derechos para autodeterminarse, asunto ya visto. La segunda parte de la oración se relaciona con el concepto de *actos supererogatorios*, que significa, literalmente, actos que van más allá del deber y que, por tanto, se considera heroico ejecutarlos. El TC está señalando que no existe en Chile el deber de ir más allá del deber, lo que suena a redundancia, pero es fundamental decirlo porque la maternidad forzada equivale a hacer obligatorio un acto supererogatorio¹²⁶. Es cierto que el TC formula esta declaración en relación con la prohibición absoluta del aborto. Sin embargo, fuera de las causales, la maternidad resulta forzada y eso constituye, sin duda, un acto supererogatorio. Debiera ser pacífica la tesis de que la supererogación no está limitada a las tres causales¹²⁷. Finalmente, es necesario apuntar que todas las expresiones del TC contenidas en esta sección carecerían de sentido si la mujer no tuviere libertad para decidir respecto de su embarazo.

¹²¹ Sepúlveda y Vivaldi usan la palabra *incubadoras*, y agregan *personas de segunda categoría*. SEPÚLVEDA Y VIVALDI, 2021, p. 172.

¹²² TC, C° 47.

¹²³ Ver SIDWICK, 1907, p. 411.

¹²⁴ Ver FIGUEROA, 2021, y UNDURRAGA, 2013.

¹²⁵ TC, C° 47.

¹²⁶ Ver ZÚÑIGA, 2011.

¹²⁷ Ver THOMSON, 1971.

Lo que se ha visto hasta aquí demuestra que el fallo del TC 2017 elimina todos los pilares que sostenían la penalización del aborto. Esos pilares eran:

- El *nasciturus* es una persona: es titular del derecho a la vida.
- Su derecho a la vida es absoluto desde la concepción hasta el parto.
- La Constitución prohíbe el aborto durante todo el embarazo.
- El legislador no puede despenalizar el aborto en ningún caso.

El TC 2017, en cambio, sostuvo que:

- El *nasciturus* no es persona; por tanto, no es titular del derecho a la vida.
- La Constitución no prohíbe el aborto.
- El legislador puede despenalizar el aborto.
- La mujer tiene derecho a una maternidad voluntaria.

Otra forma de reforzar esta conclusión consiste en revisar la literatura que ha sido producida con posterioridad al fallo del 2017. Por una parte, hay autoras y autores que estiman que el fallo es diametralmente opuesto a su precedente. Eso implica que derriba sus pilares. Es el caso de Sepúlveda y Vivaldi, que señalan que el fallo emite una declaración que no tiene precedentes: las mujeres son personas y tienen derechos¹²⁸. Añaden que el fallo "...clausura una discusión de jurisprudencia constitucional y un debate académico de larga data"¹²⁹. Por su parte, Casas afirma que la visión hegemónica de que el artículo 19 N° 1 prohibía de manera absoluta el aborto, ya no es posible de sostener debido al fallo del TC 2017¹³⁰. Un documento de la Fundación Jaime Guzmán sostiene que el fallo permite el aborto en Chile¹³¹, contraviene el fallo 740¹³², y concluye señalando de manera expresa que "no hay razones para declarar el aborto libre contrario a la constitución"¹³³. Paredes se suma, afirmando que este fallo "...pasará a la historia como un hito jurisprudencial"¹³⁴. Por su lado, Zúñiga sostiene: "La STC sobre IVE en tres causales implica un avance en la determinación del estatuto constitucional del nonato y del régimen de protección de los derechos de las mujeres..."¹³⁵. En otra parte, Zúñiga y Fernández sostienen que la despenalización del aborto bajo un régimen de plazo, sin expresión de causales, es compatible con la Constitución y luego sostienen que, fuera del plazo, debe penalizarse el aborto, salvo excepciones¹³⁶.

¹²⁸ SEPÚLVEDA Y VIVALDI, 2021, p. 157.

¹²⁹ SEPÚLVEDA Y VIVALDI, 2021, p. 163.

¹³⁰ CASAS, 2018, p. 25.

¹³¹ FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN, 2017, p. 2.

¹³² FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN, 2017, p. 13.

¹³³ FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN, 2017, p. 13.

¹³⁴ PAREDES, 2018, p. 803.

¹³⁵ ZÚÑIGA, YANIRA, 2018, p. 141.

¹³⁶ FERNÁNDEZ Y ZÚÑIGA, 2020, pp. 197,198.

De estas posiciones, se desprende que el fallo del TC 2017 altera sustancialmente lo señalado por el fallo del 2008, eliminado sus pilares centrales, y confirmado que la doctrina del TC 2017 permite el aborto con plazo y sin él.

Sin embargo, existen autores que discrepan de las posiciones recién aludidas. García sostiene que el fallo 3729 del 2017 no derogó el precedente 740 del 2008¹³⁷ debido a que la prevención del ministro Hernández coincide en esencia con los planteamientos de los votos disidentes¹³⁸. En línea similar, Bertelsen afirma que el fallo 3729 "...impide dar por superado el precedente del rol 740..."¹³⁹ debido al voto disidente del ministro Hernández. Se suman a esas posiciones los profesores Martínez y Covarrubias, que además añaden: "...en nada ha cambiado el estatuto constitucional del *nasciturus*..."¹⁴⁰.

Ahora bien, la tesis de estos autores implica reconocer que la doctrina del fallo 3729 es incompatible con los pilares del fallo 740, pues si fueren compatibles, no se hablaría de derogación o de *dar por superado* el 740. Por tanto, la postura de estos autores contribuye a la tesis de este trabajo, en cuanto a entender que fallo 3729 se opone frontalmente al 740.

Asimismo, la tesis de estos autores es difícilmente sustentable¹⁴¹. Como quiera que sea, dicha tesis no es obstáculo a la de este trabajo, sino al contrario.

III. CONVENCION CONSTITUCIONAL

El pleno de la Convención Constitucional (en adelante, CC) aprobó, el 2022, normas relativas a los derechos sexuales y reproductivos de las personas. El texto aprobado señala:

"Derechos sexuales y reproductivos 173.-

Artículo 16.- Todas las personas son titulares de derechos sexuales y derechos reproductivos. Estos comprenden, entre otros, el derecho a decidir de forma libre, autónoma e informada sobre el propio cuerpo, sobre el ejercicio de la sexualidad, la reproducción, el placer y la anticoncepción. El Estado garantiza el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos sin discriminación, con enfoque de género,

¹³⁷ GARCÍA, 2018, p. 124.

¹³⁸ GARCÍA, 2018, p. 133.

¹³⁹ BERTELSEN, 2018, p. 82.

¹⁴⁰ MARTÍNEZ Y COVARRUBIAS, 2018, p. 108.

¹⁴¹ El voto del ministro Hernández es confuso; en algunos puntos se alinea con la minoría y en otros con la mayoría, pero es muy importante destacar esta parte: "...no es un derecho exclusivo de la mujer gestante decidir tener o abortar un hijo..." p. 241 (también recae en el padre) "...no toca al derecho resolver acerca de la calidad de la persona humana..." p. 241, "por regla general, el aborto es delito. Por excepción, no lo es". p. 246. Esto impide trasladar al ministro Hernández al voto de minoría sin más.

Además, en el fallo 740, la votación también fue 6 a 4, y en la mayoría concurre el ministro Venegas, quien en las págs. 167 y 168 justifica casos calificados de aborto y reconoce que el legislador y la sociedad democrática lo pueden autorizar en ciertas hipótesis. Estas aseveraciones claramente lo alejan de la mayoría. ¿Por qué no mencionan esto García, Bertelsen, Martínez y Covarrubias?

inclusión y pertinencia cultural, así como el acceso a la información, educación, salud, y a los servicios y prestaciones requeridos para ello, asegurando a todas las mujeres y personas con capacidad de gestar, las condiciones para un embarazo, una interrupción voluntaria del embarazo, parto y maternidad voluntarios y protegidos. Asimismo, garantiza su ejercicio libre de violencias y de interferencias por parte de terceros, ya sean individuos o instituciones”.

Debido a la relación de esa normativa con el tema de este trabajo, se realizará un breve comentario:

1. Existen dos diferencias importantes entre este precepto y el texto actual de la Constitución. i) El precepto aprobado reconoce los derechos sexuales y reproductivos, conceptos inexistentes en la actual Constitución. ii) El precepto no alude al que está por nacer (aunque aún no termina el proceso de redacción de la nueva Constitución).
2. El precepto aprobado por la CC no se limita a la interrupción del embarazo sino que consagra varios derechos sexuales y reproductivos y, además, atribuye titularidad de tales derechos a todas las personas, no solo a las mujeres.
3. El precepto reconoce un derecho de libertad protegido en relación con la interrupción voluntaria del embarazo que incluye maternidad y parto.
4. El precepto garantiza que el ejercicio de estos derechos sea libre de violencias y de interferencias por parte de terceros, ya sean individuos o instituciones. Esta garantía puede estar relacionada con la objeción de conciencia frente al aborto, asunto que no hemos trabajado en este texto.

¿Cómo se relaciona el precepto aprobado por la CC con la tesis de este trabajo?

Este precepto es compatible tanto con la despenalización del aborto durante un plazo o durante todo el embarazo, por las siguientes consideraciones:

- i) Hemos visto que la barrera constitucional más importante para permitir el aborto es que el que está por nacer sea persona, tenga derecho a la vida o se lo deba proteger (tal como lo entiende el fallo 740, no el 3729). Pues bien, esos estándares no existen en el proyecto de nueva Constitución.
- ii) En términos puramente conceptuales, si la interrupción del embarazo y la maternidad son voluntarias, es evidente que despenalizar el aborto por completo es compatible con ellas, pues permite que sean voluntarias.
- iii) Por otro lado, permitir el aborto dentro de un plazo también es conceptualmente compatible con la voluntariedad del embarazo y la maternidad. En efecto, la mera existencia de un plazo permite adoptar una decisión y en eso consiste la voluntariedad, aunque, claro, es más restringida que en un régimen sin plazos.
- iv) Ahora bien, la mera existencia de un plazo, por sí solo, no garantiza que en la práctica la maternidad sea efectivamente voluntaria para todas las situaciones imaginables. Sin embargo, este asunto no es parte central de este trabajo, que se

limita en explicar que despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo (por todo el embarazo o transcurrido un plazo) es compatible con la Constitución y con el texto aprobado por la CC¹⁴².

CONCLUSIONES

1. La sentencia del TC 2017 justifica la constitucionalidad de despenalizar el aborto, sea bajo un plazo o incluso por todo el embarazo.
2. Esto se funda básicamente en tres principios que establece esa sentencia:
 - i. La Constitución no prohíbe el aborto y el legislador puede despenalizarlo.
 - ii. El *nasciturus* no es persona y no tiene derecho a la vida.
 - iii. La mujer tiene derecho a que la maternidad sea voluntaria.
3. El texto aprobado por la Convención Constitucional refuerza estas ideas, al reconocer los derechos sexuales y reproductivos de las personas, que incluyen la interrupción voluntaria del embarazo.

BIBLIOGRAFÍA

- BERTELSEN, Soledad y GARCÍA Gonzalo, 2015: “La protección del derecho a la vida y el estatuto del no nacido en el sistema internacional de derechos humanos”. En *El aborto: perspectiva filosófica, jurídica y médica* (Aguirrezabal, Maite y Bertelsen, Soledad, Eds.). Cuadernos de Extensión Jurídica, 27, Universidad de los Andes. Santiago, Chile.
- BERTELSEN, Soledad, 2018: “Compatibilidad entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional chileno en relación con el derecho a la vida del no nacido”. En *Visiones Contrapuestas sobre el artículo 19 Nº 1 de la Constitución* (Casas, Lidia y Maira, Gloria, compiladoras). Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales.
- CASAS, Lidia, 2018: “El cambio constitucional y la necesidad de proteger derechos relativos a la autonomía reproductiva de las mujeres”. En *Visiones contrapuestas sobre el artículo 19 Nº 1 de la Constitución: reflexiones sobre la constitucionalidad de la ley de despenalización del aborto en tres causales* (Casas y Maira, Compiladoras). Facultad de Derecho, UDP. Santiago.
- CONTRERAS, Sebastián y VERGARA, Dennisse, 2015: En *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica* (Aguirrezabal, Maite y Bertelsen, Soledad, Eds.). Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes, 27. Santiago, Chile.
- CORRAL, Hernán, 2015: “El embrión humano: consideraciones sobre su estatus jurídico a propósito del proyecto de “despenalización” del aborto”. En *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y*

¹⁴² Por una parte, podría ocurrir que el plazo para decidir sea demasiado breve, de modo que torne ilusorio o imposible que la persona pueda ejercer su autonomía reproductiva. Por otra parte, aunque un plazo no fuese breve (por ejemplo, 12 o 14 semanas), algunas mujeres podrían enterarse de que están embarazadas después de transcurrido el plazo.

- médica* (Aguirrezabal, Maite y Bertelsen, Soledad, Eds.). Cuadernos de Extensión Jurídica, 27, Universidad de los Andes. Santiago.
- CHUECA, Ricardo, 2015: *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- FERNÁNDEZ, José y ZÚÑIGA, Yanira, 2020: “¿Resulta constitucional un sistema de plazos sin expresión de causa en el ordenamiento jurídico chileno?”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 24 (1).
- FIGUEROA, Rodolfo, 2007: “Concepto de Persona, Titularidad del Derecho a la vida y aborto”. En *Revista de Derecho*. Universidad Austral. Vol. XX, N° 2. Valdivia.
- FIGUEROA, Rodolfo, 2010: “Comentario relativo a la sentencia del Tribunal Constitucional referida a la píldora del día después del año 2008”, en *Anuario de Derecho Público* 2010, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales.
- FIGUEROA, RODOLFO, 2011: “Matar, dejar morir y eutanasia”. En *Rev Med Chile*; Vol. 139, pp. 655-659.
- FIGUEROA, Rodolfo, 2021: “El fallo del Tribunal Constitucional sobre despenalización del aborto ante la jurisprudencia constitucional comparada”, en Alan Bronfman, Celso Cancela y otros (coordinadores), *Política, Constitución y Derecho. Estudios en Homenaje al profesor Antonio Carlos Pereira Menaut*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1045-1063.
- FUNDACIÓN Jaime Guzmán, 2017: “Aborto y TC: un fallo con profundas consecuencias éticas y jurídicas”. En *Ideas & Propuestas*, N° 232, Santiago.
- GARCÍA, Gonzalo, 2018: “Sobre la despenalización del aborto en tres causales y la paradoja constitucional: Comentario sentencia Tribunal Constitucional rol N° 3729 (3751)-17-cpt. *Revista Jurídica Digital*, UAndes 2/2.
- KANT, Immanuel, 1990: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (Ed. Espalsa Calpe) (trad. Luis Martínez de Velasco), Madrid.
- MARTÍNEZ, José y COVARRUBIAS, Ignacio, 2018: “La ley ‘protege’ la vida del que está por nacer: ¿En qué situación ha quedado el concebido pero no nacido a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional?”. En *Visiones contrapuestas sobre el artículo 19 N° 1 de la Constitución* (Casas y Maira, compiladoras). Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales.
- MIRANDA, Alejandro, 2014: “¿Qué es el aborto indirecto?: La prohibición del aborto y el principio del doble efecto”. En *Acta Bioethica*, 20(2). Santiago.
- MIRANDA, Alejandro, 2015: “La injusticia del aborto procurado”. En *El aborto: perspectiva filosófica, jurídica y médica* (Aguirrezabal, Maite y Bertelsen, Soledad, Eds.). Cuadernos de Extensión Jurídica, 27, Universidad de los Andes. Santiago, Chile.
- OSSANDÓN, Magdalena, 2011: “La intención de dar muerte al feto y su relevancia para la imputación objetiva y subjetiva en el delito de aborto”. En *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 18(2), 103-136.
- OSSANDÓN, Magdalena, 2015: “Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana”. En *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica* (Maite Aguirrezabal Grünstein y Soledad Bertelsen Simonetti, eds.) Cuadernos de Extensión Jurídica N° 27, Santiago de Chile, Universidad de Los Andes, pp. 145-168, ISBN 9789567160914.
- OSSANDÓN, Magdalena, 2016: “Aborto cuando el embarazo es resultado de una violación: un injusto penal eventualmente no exigible”. En *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*. Casas, Lidia y Dawson, Delfina (compiladoras). Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Santiago.
- PARDES, Felipe, 2018: “Aborto, deferencia y activismo judicial: Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 3729-2007, de 28 de agosto de 2017”. *Revista Ius et Praxis*. Año 24, N° 3.

- SEPÚLVEDA, Bárbara y VIVALDI, Lieta, 2021: "Las mujeres son personas". Consideraciones sobre las sentencias sobre aborto en tres causales y objeción de conciencia. El tribunal constitucional frente al proceso constituyente (Ponce de Leon & Soto, eds.). Thomson Reuters. Santiago.
- SIDWICK, Henry, 1907: *The Methods of Ethics* (7th edition) London, Macmillan and Co.
- THOMSON, Judith, 1971: "A Defense of Abortion," *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 1, no. 1 (Fall).
- UGARTE, José, 2006: "El derecho a la vida y la Constitución. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 33, N° 3. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago.
- UNDURRAGA, Verónica, 2013: *Aborto y Protección del que está por nacer en la Constitución Chilena*, Santiago, Thomson Reuters.
- VALENZUELA, Cecilia, 2020: *El Principio de Igualdad entre los padres. Fundamentos desde las teorías feministas*. Tesis doctoral. Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales.
- ZÚÑIGA, Alejandra, 2011: "Aborto y derechos humanos", *Revista de Derecho (Valdivia)*. Volumen XXIV, N° 2. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502011000200007>.
- ZÚÑIGA, Yanira, 2018: "Comentarios relativos a la sentencia del TC sobre la ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en tres causales". En *Anuario de Derecho Público 2018*. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Santiago.
- ZÚÑIGA, Yanira, 2019: "Constitución, género e igualdad. Sobre la necesidad de redefinir lo público y lo privado en la nueva Constitución" En Jaime Bassa, Juan Carlos Ferrada y otros (editores), *La Constitución que queremos*, Santiago, LOM, pp. 131-155.

Normas jurídicas

CONSTITUCIÓN de 1980, artículo 1° y 19 N° 1.

CONSTITUCIÓN de Irlanda, artículo 40.

LEY N° 21.030, Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, publicada el 23 de septiembre de 2017.

Jurisprudencia citada

PHILIPPI con Instituto de Salud Pública, Corte Suprema, Rol 2186-2001, 30-8-2001.

TRIBUNAL Constitucional de Chile, 18.4.2008, rol 740-07-CDS.

TRIBUNAL Constitucional de Chile, 28.8.2017, rol 3729 (3751)-17-CPT.

CORTE Suprema de Estados Unidos de América. Planned Parenthood of Southeastern PA. v. CASEY. 505 U.S. 833 (1992).

CORTE Suprema de Estados Unidos de América. ROE v. WADE, 410 U.S. 113 (1973).

TRIBUNAL Constitucional de Alemania Federal. 39 BVerfGE I, 1975.

TRIBUNAL Constitucional de Alemania Federal. 88 BVerfGE, 203, 1993.